المقدمة

المقـــــــــــــــــــــدمة

إن مما استقر عليه الأمر في مجال الحقوق، أن مصدرها الوحيد هو القانون. فهو المقرر للأسباب المنشئة للحق، والمقرر للأسباب المكسبة للحقوق والناقلة لها.

والحقوق كما هو معروف تتنوع، وتتفرع، تبعا لمحلها ومدى السلطة المخولة لصاحبها. فقد يكون الحق عينيا أصليا، أو تبعيا وقد يكون الحق شخصيا. كذلك قد يكون الحق تاما، أو ناقصا، ماديا، أو معنويا.

ومن أهم الحقوق العينية الأصلية: حق الملكية. هذا الحق الذي تناول طرق اكتسابه الفصل الثاني من الباب الأول، الكتاب الثالث من القانون المدني الجزائري.

حيث عدّد هذا الفصل عدة طرق لاكتساب الملكية، فذكر الاستيلاء والوصية، فالالتصاق ثم العقد فالشفعة، والحيازة.

وحق الملكية قد يكون منصبّا على منقول، أو عقار. فإذا كانت الملكية منصّبة على عقار، أوجب المشرع في عملية اكتساب هذه الملكية، أو انتقالها عدة مراحل، حتى يتم انتقال العقار من شخص إلى آخر ذلك أن العقار يتبوأ مكانة هامة، وحيوية في مجال التنمية الإجتماعية والاقتصادية. فالعقار مصدر ربح هام لخزينة الدولة، تحصل بواسطته الضريبة المفروضة على معاملات الأفراد في عقاراتهم ،لدى نجد أن المشرع قد ميز العقار بعدة ميزات، وأهم ما تميز به العقار أن أوجب المشرع في عملية انتقال ملكيته، تسلسل مجموعة من المراحل، بدأً بتوثيقه إلى تسجيله، فعملية شهره: حيث نجد أن المشرع زيادة على الأركان العامة في كل العقود ، و التصرفات ، وهي: التراضي ، والمحل، و السبب ، فرض في كل عقد أو تصرف وارد على عقار ركنا آخر هو الشكلية .

وجعل وسيلة ذلك هي العقد الرسمي المبرم أمام الموثق، طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني التي تنص على الأتي " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية ...إلى قولها في شكل رسمي "

والشكل الرسمي هو العقد الرسمي، الذي حددته المادة 324 من القانون المدني بقولها: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف، أو ظابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من دوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

كما ميز المشرع العقار كذلك في قانون التسجيل الصادر بتاريخ 09-12-1976، بموجب الأمر رقم 76/105 حيث فرض على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع، فجاء في المادة 75 فقرة 1 من قانون التسجيل مايلي: " لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة " (دائرة اختصاص المكتب) كما ألزمهم نفس القانون في مادتيه 58 و 93 بتسجيل جميع العقود التي تحرر بمعيتهم، في أجل لا يتجاوز شهرا، وفي حالة التأخير، يتعرضون لعقوبات جبائية دون نزع الصبغة الرسمية من العقد.

أما الشهر وهو المرحلة الموالية للتسجيل، والذي أوجبه القانون المدني بنص المادة 793 والمادة:14و15و16 من الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. وهو نظام قانوني، له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية، حيث تبنت الجزائر نظام الشهر العيني الذي ترتكز فيه شهر التصرفات العقارية على العين ذاتها (العقار)، والإشهار يلعب دور مهم في التشريع الجزائري، يتمثل أساسا في إتمام نقل الملكية العقارية حتى بين الأطراف المتعاقدة، وهو إجباري ليس فقط بين الأطراف، وإنما أيضا بالنسبة لكل طرف مشارك في العمليات الخاصة بهذا النظام وهم:المحررون من موثقين وسلطات إدارية و كتاب ضبط طبقا للمادة90 من مرسوم 63/76 المؤرخ في: 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

أهـــــــــــــداف البـــــحث

و في بحثنا هذا، نحول تسليط الضوء على الأسباب التي قررها المشرع في قانون الأسرة، لانتقال الملكية العقارية على الخصوص.

فمن المعلوم أن قانون الأسرة ،أو قانون الأحوال الشخصية كما يسميه البعض، قد حوى بين دفتيه و في طيات نصوصه مواد قننت لأسباب انتقال ملكية العقار، وفق عقود و تصرفات متعددة و حوادث مادية، منها انتقال العقار عن طريق هبة ،أو عن طريق الإيصاء به في الوصية، أو وقفه، أو انتقاله بواقعة مادية، لا دخل لإرادة الأفراد فيها، كما هو الحال في انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة، ما يسمى بالإرث، و قد يكون انتقال العقار بسبب الصداق و الخلع، ما كان محلوهما عقار فقد يصدق الرجل زوجته بعقار و قد تخلع الزوجة نفسها بمقابل عقار.

أهمـــــــــــــية البـــــحث

إن موضوع انتقال الملكية العقارية من أهم المواضيع القانونية، و يستمد هذا الموضوع أهميته من قيمة العقار نفسه ،فالعقار عادة يكون ذو قيمة مالية كبيرة، و له أهمية حيوية في مجال التنمية سواء الاقتصادية ،أو الإجتماعية، إذ يعد مصدر هام للدخل بالنسبة لخزينة الدولة ،حيث تعود معاملات الأفراد في عقاراتهم بالربح المالي على خزينة الدولة، من خلال الضريبة المفروضة على هذه المعاملات، لذلك نجد ه حظي بالأهمية البالغة من الدولة من خلال تطهيره بإيجاد آليات و أدوات قانونية تثبت ملكية العقار بسند رسمي، و هي أسلم طريقة و أنجحها لجلب الاستثمار الأجنبي لأجل هذا جاء الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام،وتأسيس السجل العقاري، وغيره من القوانين والتشريعات المقننة لعملية انتقال العقار، كل ذلك حفاظا على المراكز القانونية في حق الملكية العقارية، وتعزيزا للائتمان في عملية انتقال العقار لأجل هذا أردنا إبراز أهم الضمانات القانونية في عملية انتقال العقار في قانون الأسرة ،وهل لها نفس الضمانات القانونية من حيث الإثبات مثل ما هو الشأن في غيره من المعاملات الواردة على العقار في القوانين الأخرى "عقد البيع في القانون المدني " كمثال .

الإشـــــــــــــكالية

- إذا كان المشرع كما سبق بيانه ،قد فرض في عملية انتقال الملكية العقارية تظافر وتكامل مجموعة من المراحل وهي: التوثيق والتسجيل والشهر.
- وإذا كان قانون الأسرة قد قننت مواده، لعدة أسباب تنتقل بها الملكية العقارية مثل: الهبة الوقف الوصية والإرث....
- فهل يفرض في عملية انتقال العقار وفق قانون الأسرة، ما يفرض في غيره من القوانين الأخرى من توثيق ،وتسجيل ، وشهر أم تشذ العمليات الواردة على انتقال العقار في قانون الأسرة عن هذه القواعد.؟

الأسئـــــــــــــــــــلة الفـــــــــــــــــرعية

- هل العقود القانونية، والوقائع المادية التي تنتقل بها الملكية العقارية في قانون الأسرة توثق وتسجل وتشهر أم لا؟
- هل يكفي في انتقال الملكية العقارية عن طريق الإرث (الفريضة) وحدها أم لابد من إجراء آخر ؟
- هل تشهر الوصية أم لا ؟
- هل يجوز أن يكون مقابل الصداق وبدل الخلع عقارا؟
- إذا كان بدل الصداق والخلع عقار، فما هي الإجراءات المتبعة لانتقال ملكية هذا العقار ؟

الدافـــــــــــــــــع لهـــــذا البـــــــــحث

دافعنا لخوض هذا الموضوع وتجليات مكامنه، ما يكتنف انتقال العقار في قانون الأسرة من غموض، بلغ حد تضارب نصوص القانون المدني (الشريعة العامة) و نصوص قانون الأسرة ظاهريا.

فإذا كان القانون المدني قد نص في مادته 793 على أن انتقال العقار لا يتم إلا بالشهر، فعملية الشهر هي وحدها من ينقل الأثر العيني (تنقل الملكية).

وفي نفس الوقت نجد كمثال في قانون الأسرة تعريفا للوصية في المادة 184 تنص على أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع، فالمادة تدل على أن انتقال الأملاك بسبب الوصية ومنها العقار لا يتم إلا بعد وفاة الموصي، لاسيما والمادة 191 من قانون الأسرة تشترط لإثبات الوصية أن تبرم أمام موثق، فإذا كان محل الوصية عقارا، وقعنا في الإشكالية التالية:

حسب القانون المدني العقار لا ينتقل إلا بالشهر ،فإذا أشهر الموصي الوصية في حياته كان قد نقل الملكية للموصي له ، وهذا يتنافى مع تعريف الوصية التي هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ؟

وإذا لم يشهر وصيته تبقى العقارات محل الوصية على ملكه، ولورثته من بعده لانعدام الشهر.. فما هو الحل الذي يعرضه القانون لمثل هذه المشكلة ؟!.

كذلك إذا كانت التركة مشتملة على عقارات ،تنص المادة 127 من قانون الأسرة على أن : الإرث يستحق بموت المورث ، حقيقتا أو باعتباره ميتا بحكم القاضي ، ويفهم من هذا أن التركة

تنتقل مباشرة للوارث بمجرد حدوث واقعة الوفاة ، ولو كانت التركة عقارات في حين لا يجيز القانون المدني انتقال العقار إلا بالشهر فما هو المخرج من هذا التعارض بين النصوص .؟

وقل مثل ذلك في الصداق إذا كان محله عقارا، وكذلك الخلع لو كان البدل عنه عقارا... ؟!.

فأردنا التطرق لهذا الموضوع، محاولين الإجابة عن هذه التساؤلات، والكشف عن هذا التصادم الظاهري بين النصوص في بحثنا المتواضع هذا، الذي نعرض له وفق منهج تحليلي وصفي واستقصائي .

المنهجيـــــــــــــــــــة المتبعـــــــــــــــــــة

إن طبيعة الموضوع هي التي تفرض نوعية المنهج الواجب الإتباع. ودراستنا لهذا الموضوع تعتمد على تحليل النصوص، بعد عرضها ومناقشتها، لذلك كان المنهج المتبع هو المنهج التحليلي الوصفي نحاول من خلاله تحليل المواد المقننة لانتقال ملكية العقار، في قانون الأسرة.وتم الإعتماد على هذا المنهج كونه أفضل المناهج للقراءة التحليلية، والتفسيرية، والنقدية للنصوص المعنية بالدراسة. كما أن مادة التحليل تكون جاهزة في طيات النصوص نفسها.

وهو منهج يتميز بسهولة الحصول على المعلومات المطلوبة، لأنها عبارة عن أفكار، ومعان موجودة في النص ذاته.

أما المنهج الاستقصائي، فهو منهج يعتمد على الاستقصاء، والبحث، والتحري عن الحقيقة. وهذا ما نتبناه للوصول إلى الهدف المنشود، من خلال الكشف عن محتوى النصوص، وما تحمله المواد والفقرات القانونية من أحكام وقيم، وقد انتخبنا لبحثنا الخطة التالية:

قسمناه إلى ثلاث فصول :

- فصل تمهيدي: نعرض فيه الشروط القانونية المستوجبة في انتقال الملكية العقارية الخاصة بوجه عام ،وذلك حتى نبين الشروط التي أوجبها القانون في انتقال العقار بصفة عامة ،و حتى يتجلى دور التوثيق، والتسجيل، والشهر، في عملية انتقال العقار. لنبين بعد ذلك إمكانية إسقاط هذه الشروط المستوجبة في انتقال العقار على عملية انتقال العقار في قانون الأسرة.
- الفصل الأول:وخصصناه لانتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة بين الأحياء ونتناول فيه الهبة، والصداق ،والخلع ،ما كان محلهم عقار .
- الفصل الثاني:نبسط فيه الكلام عن انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة، بسبب الوفاة وعرضنا للميراث والوصية.

الفصل التمهيدي

الشروط القانونية

في انتقال الملكية العقارية الخاصة

الفصل التمهيدي: الشروط القانونية في انتقال الملكية العقارية الخاصة

نتناول في هذا الفصل الملكية العقارية الخاصة، فنتعرض لتعريفها وذكر أنواعها ونطاقها في المبحث الأول.

ونعرج في المبحث الثاني على الشروط القانونية، التي يفرضها القانون في انتقال الملكية العقارية الخاصة، من توثيق وتسجيل وشهر.

المبحث الأول: ماهية الأملاك العقارية الخاصة:

الأملاك العقارية الخاصة، هي تلك العقارات المملوكة من طرف أفراد، فقد صنف القانون:25/90 المؤرخ في 1990/11/18 الخاص بالتوجيه العقاري، المعدل بموجب الأمر 26/95 المؤرخ في 1995/09/25 الذي صنف الأملاك العقارية في مادته 23 إلى الأصناف القانونية التالية. الأملاك العقارية الوطنية، ويحكمها القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 متضمن قانون الأملاك الوطنية، والمرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة، التابعة للدولة وتسييرها وضبط كيفيات ذلك، والمرسوم التنفيذي رقم 455/91 المؤرخ في 1991/11/23 متعلق بجرد الأملاك الوطنية.

-الأملاك العقارية الخاصة، العائدة للأفراد، ويحكمها بالطبع القانون المدني، المؤرخ في 1975/09/26 وهو الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والقانون رقم 25/90 السالف الذكر وكذلك المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري.

- والصنف الثالث هو الأملاك الوقفية، التي يحكمها القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 يتضمن قانون الأسرة، حيث نظم الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات المواد من 213 إلى 220 منه.

وقد وردت الإشارة إلى الوقف في المادتين 31 و32 من قانون 25/90 السالف الذكر حيث نصت المادة 32 على " يخضع الوقف في تكوينه وتسييره إلى قانون خاص"[1].

وصدر فعلا هذا القانون برقم 10/91 مؤرخ في 1991/04/27 متعلق بالأوقاف. وحتى توضع الأملاك الوقفية في إطارها القانوني الصحيح صدرت عدة مراسيم ومذكرات ومناشير تحاول تنظيم موضوع الوقف .[2]

---

[1] نص المادة هو : يخضع تكوين الأملاك الوقفية وتسييرها لقانون خاص.

[2] أنظر المرسوم التنفيذي رقم 381/98 مؤرخ في 1998/12/01 والقانون رقم 07/01 مؤرخ في 2001/05/22 يعدل ويتمم القانون 10/91 والقانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 يعدل ويتمم كذلك القانون 10/91 والمرسوم التنفيذي رقم 336/2000 مؤرخ في 2000/10/26 يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط و كيفيات إصدارها وتسليمها.

والمرسوم التنفيذي رقم 51/03 مؤرخ في 2003/02/04 يحدد كيفيات تطبيق أحكام المادة 08 من قانون 10/91- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 1999/03/02 يتضمن إنشاء صندوق مركزي للأملاك الوقفية- القرار المؤرخ في 2000/04/10 يحدد كيفيات ضبط الإيرادات والنفقات الخاصة بالأملاك الوقفية، -قرار مؤرخ في 2001/05/26 يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي ...الخ

فالملكية العقارية الخاصة كما سبق الذكر هي تلك العقارات التي يحوزها الخواص سواء كانوا أفـــرادا طبيعيين، أو كانوا أشخاص معنوية خاصة، مثل الجمعيات والشركات.

. وإذا تصفحنا القانون المدني الجزائري، نجده قد نظم نوعين فقط من الحقوق المالية التي يمكن تقويم الحق فيها بالنقود [1] وهما الحق الشخصي droit de créance [2] ، والحق العيني droit. Réel حيث نظم الحقوق الشخصية في الكتاب الثاني من المادة 53 حتى المادة 673، ونظم الحقوق العينية في الكتابين الثالث والرابع من المادة 674 إلى المادة 1001وكان قد خصص الكتاب الأول للأحكام العامة، أما الحقوق المعنوية incorporel أو droit moral وهي الحقوق التي ترد على شيء غير مادي، فقد أحالت المادة 687 مدني على قوانين خاص بها .

ويقع مكان الملكية العقارية من هذين الحقين، في زمرة الحقوق العينية الأصلية، والحق العينـــي قد عرفه البعض بأنه: " سلطة مباشرة يقرها القانون لصاحب الحق على شيء معين سواء كان منقـــولا أو عقارا".[3]

وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية، فالحقوق العينية الأصـــلية هي الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة، بحيث لا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه، وهي تشـــمل أول ما تشمل حق الملكية، وهو أوسع الحقوق العينية نطاقا، لأنه يخول صاحبه سلطة كاملة، على الشـــيء فيكون له استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وتشمل الحقوق العينية الأصلية ثانيا، الحقـــوق المتفرعـــة عن حق الملكية عند تجزئتها وهي تخول صاحبها سلطة محدودة على الشيء المملوك للغير، والحقـــوق المتفرعة عن الملكية في التقنين المدني الجزائري هي، حق الانتفاع، حق الاستعمال، حق السكن، حـــق الإرتفاق، ويلاحظ أن حق الحكر لم ينظمه التقنين الجزائري إلا من خلال القانون رقم 07/01 مـــؤرخ في 2001/05/22 [4]خلافا لدول عربية أخرى مثل مصر وسوريا، لبنان والأردن.

---

[1] أنظر محمد حسنين، نظرية الحق بوجه عام،المؤسسة الوطنية للكتاب ، ص 20 حيث عرف الحقوق المالية بقوله : هي التي تستهدف المتعة بالمال وتقوم بالنقود وتنتقل من صاحبها إلى غيره ويمكن أن تكتسب أو تسقط بالتقادم ويمكن أن يحجز عليها وفاء الديون صاحبها وهي ثلاثة أنواع –الحق العيني –الحق الشخصي – الحق الذهني .

[2] الحق الشخصي هو علاقة بين شخصين بمقتضاها يحق لأحدهما أن يلزم الآخر بأداء عمل أو الامتناع عـــن أداء عمل لصالحه-السنهوري- شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، ص15، فقرة 09، ص 862 نقلا عن محمـــد حسنين: مرجع سابق، ص 36.

وعرفة محمد حسنين ، نفس المرجع والصفحة بقوله: هو سلطة يقررها القانون لشخص يسمى الدائن قبل آخر يســـمى المدين تمكنه من إلزامه بأداء عمل أو الامتناع عنه تحقيقا لمصلحة مشروعة للدائن.

[3] محمد حسنين : مرجع سابق، ص 21

[4] هو قانون معدل ومتمم للقانون10/91المتضمن قانون الأوقاف المادة 26 مكرر 2منه

ويمكن من خلال تعريف الحق العيني الأصلي تعريف الملكية العقارية التي تكون حسب هذا المفهوم هي سلطة مباشرة يقرها القانون على عقار لصاحبه .

المطلب الأول: تعريف الملكية العقارية الخاصة:

الفرع الأول: الملكية:

إن الملكية العقارية لفظة مركبة من كلمتين هما الملكية والعقارية، والملكية حسب الأستاذ رمضان أبو السعود هي :" ذلك الحق الذي يرد على شيء من الأشياء، ويخول لصاحبه الاستئثار بسلطة الاستعمال، والاستغلال، والتصرف، في هذا الشيء، وذلك في حدود القانون".[1]

وعرفها الأستاذ السنهوري نفس التعريف، بإضافة الديمومة، فقال : "إن حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون"[2] وعرفها الأستاذ وهبة الزحيلي بقوله: " الملكية أو الملك: علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشرع، تجعله مختصا به، ويتصرف فيه بكل التصرفات، ما لم يوجد مانع من التصرف".[3]

والقانون المدني الجزائري في مادته 674 قد عرف الملكية ولم يعرف الحقوق الواردة عليها، بقوله "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة، وعرفها المشرع المصري في المادة 802 مدني بقوله:" لمالك الشيء وحده، وفي حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ويقابل هذا النص نص المادة 544 [4] من التقنين المدني الفرنسي في شأن حق الملكية بأنها :"هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بطريقة مطلقة بشرط أن لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".[5]

والملاحظ على كل هذه التعاريف، أنها اجتمعت كلها في تعريف الملكية بذكر عناصرها، فتعريف الأستاذ أبو السعود، عدد عناصر حق الملكية، وهي حسبه الاستئثار بسلطة الاستعمال

---

[1] رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، نشر دار الجامعة الجديدة، 2004، مصر، ص22.

[2] السنهوري: الوسيط، المجلد 8 الباب الأول، القسم الثاني، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، ص 492.

[3] وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ،ج4، نشر دار الفكر، ط2، 1985، دمشق، ص 56.

[4] Voir. Dalloz: Répertoire de droit civil, 2e édition, mise a jour 1977, tome VI, recueil VO propriété sect. 1er étude général du droit de propriété, Paris, p1.

[5] « La propriété est, le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibe par les lois ou par les règlements »
voir: Henri et Léon MAZE AUD, jean mazeaud, François chabas- leçons de droit civil, 8e édition, tome II, deuxième volume, Montchrestien, Paris, p9 .

والاستغلال والتصرف، وكذلك فعل الأستاذ السنهوري، بقوله: "حق الملكية هو حق الاستئثار باستعماله و باستغلاله وبالتصرف فيه، وكذلك فعل الأستاذ وهبة الزحيلي بقوله: " أو بالتصرف فيه بكل التصرفات، والتصرفات كما هو معلوم هي، الاستعمال والاستغلال، فالتصرف إما أن يكون ماديا أو قانونيا والتصرف المادي يشمل الاستغلال والاستعمال.

وإلى نفس الشيء ذهب التقنين الجزائري في المادة 674 مدني وكذلك المصري في المادة 802 مدني مصري، ونفس الشيء فعله المشرع الفرنسي في المادة 544 مدني فرنسي.

فكل هذه التعاريف، اجتمعت على تعريف الملكية، أو حق الملكية، بذكر عناصره، كما اتفقوا جميعا، على أن هذا الاستعمال والاستغلال والتصرف، لابد أن يكون وفقا للقانون والأنظمة.

ونجد أن كل تعريف اختلف مع غيره في التالي:

فقد أضاف الأستاذ السنهوري صفة الديمومة بقوله"على وجه دائم"، أما الأستاذ وهبة الزحيلي، فأضاف قيام علاقة بين الإنسان والمال.

أما المادة 544م من القانون الفرنسي جعلت التمتع والتصرف في الشيء المملوك مطلقا، ونبدأ من البداية، مع القانون الفرنسي الذي جعل من حق الملكية حقا مطلقا ويرجع ذلك إلى ردة الفعل العنيفة من الثورة الفرنسية، ضد النبلاء والإقطاعيين الذين كانوا يحتكرون ملكية الأرض، احتكارا تاما، فحدثت هجمات على النظام الإقطاعي ليلة 4 أوت 1789 ابن تنازل النبلاء دون تعويض عن امتيازاتهم. وألغيت نظرية الازدواجية[1]،

حيث أقرت الجمعية الوطنية آنذاك قانونا يقضي بإلغاء الإقطاع إلغاء تاما.[2]

وأصبحت ملكية الأرض، ومن ورائها الملكية عموما حقا مقدسا لا يجوز انتهاك حرمته، بل جعلت من حق الملكية حقا فرديا مطلقا. فجاء في إعلان حقوق الإنسان أن الملكية حق مقدس لا يمس). كل ذلك بفعل طغيان المذهب الفردي، الذي أصبح في انكماش حاليا، بفعل الضربات التي وجهت له من التيار الاشتراكي، والمذاهب الاقتصادية، حيث ظهرت آراء تبحث في الأسس التي يقوم عليها

---

[1] النظام الإقطاعي في ملكية الأرض يعتمد على نظرية الازدواجية في حق الملكية حيث تقسم الأرض إلى ملكية رقبة وملكية حق انتفاع ملكية الرقبة تكون للإقطاعي الكبير يتنازل هذا الإقطاعي عن حق الانتفاع إلى أحد النبلاء بموجب عقدا إقطاعي هذا الأخير يسلمها إلى شخص من عامة الناس بموجب عقد يسمى ضريبة حق الملكية التابع – انظر فيذلك بلانيول وربير كولان وكايتان نقلا عن السنهوري هامش ص482 من المجلد 8 حق الملكية وقد عبر عنها الأستاذ السنهوري بمصطلح الملكية الأصلية والملكية الفعلية ص 482 / م8.

[2] السنهوري: نفس المرجع، ص 483.

(حق الملكية[1] -الخاصة). إذ أقامه بعضهم على أساس القانون الطبيعي، ومنهم من يعتبره ثمرة العمل ، ومنهم من يرده إلى النفع الاجتماعي، فالتطور الكبير الذي عرفته الحقوق، ومنها حق الملكيـــة، دفعت التشريعات إلى الأخذ بعين الإعتبار بالفكرة الجديدة، التي جاء بها قانون 1804 المتمثلة فـــي أن حق الملكية له طابع اجتماعي، ويبدو هذا التطور من خلال ظاهرتين على النحو التالي :

الظاهرة الأولى:

تكمن في الحد من إطلاق حق الملكية الفردية، إذ أن القيود الواردة على الإمتيازات التي تخول للمالك آخذة في الازدياد، وهذا لا يرجع إلى الضرورات الاقتصادية فحسب بل يرجع أيضا إلى أن حق الملكية أصبح يقوم على فكرة حديثة، تضاد الفكرة الفردية، التي سيطرت في العهـــود الماضـــية، فقــد أصبح ينظر إلى الملكية الإعتبار أن لها وظيفة اجتماعية، بحيث يكون على المالـــك أن يراعـــي فـــي مزولة حقه مصلحة المجموعة. فالمالك مجبر على استعمال حقه بطريقة لا تمس مصلحة الجماعـــة أو على الأقل لا يعمل ضد الصالح العام، والدليل على ذلك هو اتساع نطاق نظرية التعسف في اســـتعمال الحق، وتوطد أركانها، لا سيما وأن أكثر ما تطبق هذه النظرية أمام القضاء، يكون فـــي شـــأن حـــق الملكية [2]

الظاهرة الثانية:

الاتجاه إلى الأخذ بالملكية الجماعية إلى جانب الملكية الخاصة، ودليل ذلك هو اتجـــاه الـــدول، إلى الاستيلاء على الملكيات الفردية انتصارا للمصلحة العامة، فاتجهت معظم الدول إلى عملية التـــأميم، حتى تضع حدا للاستغلال والتحكم من جانب بعض الأفراد، وهذا التأميم سينقل بالضرورة الملكية، من ملكية خاصة إلى ملكية جماعية، وهذا ما تبنته الجزائـــر مـــن خـــلال الأمـــر73/71 المـــؤرخ فـــي 1971/11/08 المتضمن الثورة الزراعية، وقد أدى هذا القانون إلى خلق قطاع عام إلى جانب القطاع الخاص، وأصبح القطاع العام، أو ما يعرف بالأملاك الوطنية يشكل الجزء الأكبر من أراضي الـــبلاد، بعد إلغاء الأمر 73/71 بموجب المادة 75 من قانون 25/90 المعدلة بدورها بالمـــادة 02 مـــن لأمـــر 26/95 المؤرخ في 1995/09/25 يعدل ويتمم القانون رقـــم 25/90 المـــؤرخ فـــي 1990/11/18 متضمن التوجيه العقاري. ومع كل هذا فإن الملكية الخاصة ما تزال تشكل ركيزة أساسية، في النظـــام القانوني الجزائري، وجسدت هذا المادة 52 من دستور 1996/11/28 بقولها " الملكيـــة الخاصـــة مضمونة....". لا شك أن الاعتراف بمبدأ الملكية الخاصة أمر جـــوهري فـــي بنـــاء المجتمـــع، فكـــل

---

[1] أنظر السنهوري المجلد 8، ص 479 وما بعدها.

[2] تناول القانون الجزائري، نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون 10/05 مؤرخ في 20 جوان 2005

التشريعات الحديثة لم تستطع تجاهل هذه الحقيقة. ونجد هذا حتى في قانون الدول الاشــتراكية ســابقا حيث نصت المادة 105 من القانون المدني الروسي الصادر في 11 يونيو 1964 علــى:" يجــوز أن تكون في الملكية الشخصية للمواطنين الأموال المخصصة لتلبية حاجاتهم المادية والثقافية..."[1]

لكن الملاحظ أن وجوب الاحتفاظ بالملكية الفردية لا يعني أن يكون لها صفة الإطلاق، أو نحد من الاتجاه بها الوجهة الإجتماعية. فكما أن الملكية تعتبر ميزة للمالك فإنها تعتبر كــذلك لهــا وظيفــة اجتماعية. وهما وجهان يجب مراعاتهم في تنظيم حق الملكية، وهذا ما أكدته المــادة 28 مــن قــانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري بقولها: "الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية العقاريــة يضمنها الدستور وتخضع للتقنين المدني) ويجب أن يوافق استغلال الخصائص المرتبطة بها المصلحة العامة[2] التي يقرها القانون".

إذا لفظة الإطلاق التي جاء بها التقنين الفرنسي، وجعلها صفة ملازمة لحق الملكية، تصفه أنــه حق مطلق، أصبحت في عصرنا لا مكان لها، بفعل التطور الذي حدث في مفهوم الملكية نفسها.

وحتى نفس المادة 544 من التقنين المدني الفرنسي، تحمل هذا المعنى إذ أنها إن صح التعبيــر تتناقض مع نفسها، بقولها في الشطر الثاني: "بشرط أن لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

فهي قد ذهبت إلى إطلاق حق الملكية، ثم استدركت عليه بشرط أن لا يستعمل استعمالا يحرمه القانون والأنظمة. وقد ساهم الاجتهاد القضائي الفرنسي في الحد من إطلاق الحق، من خلال ممارساته اليومية، وكذلك فعل الواقع العالمي من خلال النظريات والرؤى الاقتصادية في هذا المجال تحد كلهــا من هذه الصفة في حق الملكية. ونجد هذا في الواقع الفرنسي نفسه. فالعديد من القطاعات الاقتصــادية الهامة مؤممة أو ملك جماعي[3] مثل قطاع البريد. النقل بالسكك الحديدية النقل الجوي وغيرها....

نعود بعد مناقشة محتوى مادة التقنين الفرنسي إلى عرض تعريف الأستاذ السنهوري، وما تفرد به على ما ذكرنا من تعاريف. فقد انفرد بلفظة الديمومة.

ولديمومة حق الملكية معنيان، فهو يدوم بدوام محله، كما أنه لا يسقط بعدم الاستعمال، فــالمعنى الأول في هذا الخصوص، ينظر فيه إلى حق الملكية نفسه، فحق الملكية دائم بدوام الشيء الوارد عليه. فإذا كان حق الملكية وارد على أرض، فإنه يدوم بدوام هذه الأرض فليس هنــاك مــدة محــددة لحــق

[1] القانون المدني لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفييتية الموافق عليه في الدورة الثالثة لمجلس الســوفييت الأعلى لدى انعقاده السادس في 11 يونيو 1964، ترجمة الدكتور تروت أنيس الأسيوطي، نشر دار التقدم، موســكو، المادة105 منه.

[2] المادة ذكرت كذلك الفائدة العامة ومصطلح المصلحة العامة أنسب.

[3] ملك للدولة

الملكية، فهو باق ما بقي الشيء[1] ولا تنتفي صفة الدوام هذه إذا انتقلت ملكية الشيء من شخص إلى آخر لأن الحق يظل باقيا على الشيء، رغم انتقاله إلى شخص ثاني فلا يتغير سوى شخص المالك، ولا ينتهي الحق إلا بهلاك الشيء، فالملاك يتداولون ويتتبعون في كسب ملكية الشيء أو تنتقل إليهما ملكية الشيء، دون أن تأتي مدة زمنية يكون فيها بلا مالك[2] وقد يؤيد هذا المعنى الناظم القانوني الذي اختاره المشرع الجزائري لشهر التصرفات، وهو نظام الشهر العيني.[3] أي أن الشهر يكون باسم العقار المعني، وليس بسم مالكه. عكس نظام الشهر الشخصي، الذي يعتمد فيه على الشخص المالك للعقار[4] فالشهر العيني يكون فيه العقار محل اعتبار.

وحق الدوام هذا ينفرد به حق الملكية، دون غيره من الحقوق العينية الأخرى. فالإرتفاق أو حق الإرتفاق وإن كان في الغالب يبقى ما بقي العقاران، المر تفق والمر تفق به، إلا أنه يجوز الإتفاق على توقيته، فينتهي بانقضاء الأجل المعين، وهذا ما عنته المادة 879 من القانون المدني الجزائري بقولها: "ينتهي حق الإرتفاق بعدم استعماله لمدة عشر سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم استعماله لمدة ثلاث وثلاثين سنة، إذا كان الإرتفاق مقررا لمصلحة مال مورث تابع لعائلة وكما يسقط حق الإرتفاق بالتقادم فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها...".

كما ينتهي كذلك حق الإرتفاق إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق له غير فائدة محدودة، لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المر تفق به، حيث جاء في المادة 881مدني جزائري: "يجوز لمالك العقار المر تفق به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المر تفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المر تفق به".

كذلك الحقوق الأخرى المتفرعة عن حق الملكية، يفرض القانون فيها المدة، أي التوقيت فحق الانتفاع مثلا ينتهي وجوبا، بموت المنتفع هذا إن لم ينقض بانتهاء أجله قبل ذلك وهذا ما ذكرته المادة

---

(1) أنظر السنهوري مرجع سابق، ص534 وما بعدها .

(2) المقصود هنا العقار دون المنقول لأن هذا الأخير له أحكام خاصة

(3) اختار المشرع الجزائري نظام الشهر العيني في شهر التصرفات الواردة على عقار بموجب الأمر 74/75 مؤرخ في 1975/11/12 متضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المادة 02 منه

(4) أنظر –مجيد خلفوني- نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2003، ص 32.

Voir/ Latrous. Bachir- cours de droit civil. Surettes et publicité foncière. Office des publications universitaires 1983, Alger. P120

852 مدني جزائري: "ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين..." ونفس الأحكام تنطبق على حق السكن بنص المادة 857 مدني جزائري بقولها: " تسري القواعد الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكن متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين وذلك مع مراعاة الأحكام المتقدمة". فالمادة أنزلت أحكام الإرتفاق على حقي الاستعمال والسكن كما ترى. فالتوقيت الذي قض به القانون في الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من النظام العام وأي اتفاق على خلافها يقع باطلا. فتوقيت هذه الحقوق وجعلها غير دائمة بل تنتهي بمرور مدة حددها القانون أمر منطقي. إذ لو كانت دائمة لأصبحت بمثابة قيدا أبديا على حق الملكية، وهذا يؤدي بدوره إلى إهدار حق الملكية، وطمس أحد أهم خصائصه وهو الديمومة أما الحقوق العينية التبعية، فوجدها ليس سوى ضمانا لحق شخصي، فهي تابعة لهذا الحق الشخصي، وتسري عليها أحكامه. وهي بذلك تكون مؤقتة، تبعا للحق الشخصي المتعلق به، تنتهي بانتهائه.[1] مع ملاحظة أن المنقول يكون له حكم يخالف حكم العقار بالنسبة إلى موضوع الديمومة. حيث ينفرد بحكم يعتبر استثناء على كل الأحكام التي ذكرناها سابقا. فالمنقول يصبح لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه، بقصد الترك والتخلي عن ملكيته، فيصبح لا مالك له إلا أن يمتلك بالاستيلاء.[2]

إذن حق الملكية حق عيني، يرد على شيء مادي، وينفرد على غيره من الحقوق العينية بكونه حق دائم، وقد فصلنا القول في ذلك. وهو كذلك حق جامع مانع، فهو جامع لأنه يخول صاحبه جميع المزايا التي يمكن أن تحصل من الشيء. فللمالك استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه على النحو الذي يريد. ولا يحد من هذه السلطة إلا القانون. وهو حق مانع لأنه مقصور على صاحبه.

فله أن يستأثر بجميع مزايا الشيء المملوك، وله أن يمنع غيره من مشاركته في هذه المزايا، إلا بموجب اتفاق، أو بمقتضى قانون. فإذا خول المالك شخصا غيره حق الانتفاع بالشيء أو رتب له حق الارتفاق عليه، كان قد جزء ملكيته إلى ملكية رقبة، وحق انتفاع مثلا ومن ثم لا يجوز له منع هذا الغير من الحق الممنوح له. كما أن القانون قد يمنح الغير حق على ملكية شخص ما مثل نص المادة 693 مدني جزائري التي منحت لصاحب الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام، وحتى لو كان لها طريق، لكنه غير كاف للمرور منحته حق المرور على الأملاك المجاورة

---

[1] أنظر في انقضاء الرهن المادة 933 مدني جزائري وانظر في انقضاء حق التخصيص المادة 947 التي وحدت حكمه مع الرهن كذلك الرهن الحيازي ينقضي بسقوط الدين المضمون به المادة 964 م .ج، أما حق الامتياز فقد دلت المادة 988 مدني جزائري على أنه ينقضي بما ينقضي به الرهن الرسمي أي بنفس طريقته.

[2] العقار الذي ليس له مالك يكون ملك للدولة في التشريع الجزائري، إذ لا يوجد استيلاء على العقار الذي لا مالك له بل يعود للدولة أنظر المادة 773 قانون مدني والمادة 51 من قانون 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية والمادة 90 من المرسوم التنفيذي 454/91

مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك، ولو كره المالك ذلك.[(1)]
فحق الملكية من كل ما سبق حق دائم وحق جامع مانع.

ونعود بعد كل هذا إلى تعريف الأستاذ وهبة الزحيلي، لحق الملكية في كتابه ألما تع، الفقه الإسلامي وأدلته، حيث انفرد على ما ذكرنا من التعاريف بنصه على أن حق الملكية أو الملك كما قال علاقة بين الإنسان والمال، والمال حسبه هو الأشياء والمنافع التي يكون محلها (المال) أو تقوم بالمال[(2)] فهذه العلاقة بموجبها، يمارس المستحق سلطة مباشرة على الشيء[(3)] ومضمون هذا القول ظهر في القرن 19 أين تم نزع الطابع المادي من حق الملكية وتعويضه بطابع مثالي، وانطلاقا من هذه الفكرة تم التمييز بين الحق (حق الملكية) في حد ذاته وبين محله، حيث اعتمدت هذه النظرية على أن حق الملكية، هو علاقة قانونية إجبارية بين صاحب الحق والشيء .

إذا العلاقة هي تلك السلطة التي يمنحها (الشرع) القانون لشخص على شيء ما فعلاقة مالك الأرض بأرضه، هي تلك السلطة المخولة له إما شرعا أو قانونا لاستعمال أرضه أو استغلالها أو التصرف فيها، وفق ما يسمح به القانون، أو الشرع عند فقهاء الإسلام (فقهاء الشريعة).[(4)]

بقي أن نشير إلى أنواع الملكية، في سطورنا القادمة فنقول: تتنوع الملكية من ملكية تامة وملكية مجزأة وملكية مشاعة وملكية مشتركة.

1- الملكية التامة:

هي تلك التي يستجمع فيها المالك السلطات الثلاث. سلطة حق الاستعمال، وسلطة الاستغلال، وسلطة التصرف، هذه السلطات يمارسها المالك على ملكه عقارا كان، أو منقولا، وقد حدد نطاق حق الملكية التامة المواد من 674 إلى 677 من القانون المدني والمادتان 27 و28 من قانون التوجيه العقاري رقم 90/.25.

2- الملكية المجزأة:

القانون كما سبق الإشارة له خول المالك، حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، لكن هذا الأخير قد يتنازل عن بعض هذه الحقوق لفائدة الغير فيجزئ ملكيته، فهو قد يتنازل عن حق الاستعمال،

---

(1) للتوسع في هذا الموضوع أنظر – السنهوري المجلد (8) ص 638 وما بعدها (الباب الثاني) في القيود الواردة على حق الملكية .

(2) وهبة الزحيلي : مرجع سابق، ص18.

(3) نفس المرجع، ص19.

(4) نفس المرجع، ص 42.

أو الاستغلال لصاحب حق الانتفاع، فيبقى له عندئذ سوى ملكية الرقبة. فتصبح الملكية مجـزأة للمالـك الأصلي ملكية الرقبة، ولصاحب حق الانتفاع استعمال أو استغلال الملك.

3- الملكيـة المشاعـة:

إذا تعدد المالكون أو الملاك في الشيء الواحد، بدون تحديد الحصص يقال: "إنه ملـك شـائع، ومثاله قطعة أرض ورثها أربعة أبناء عن أبيهم فهم ملاك على الشيوع كل واحد منهم يملك الربع فـي هذه القطعة، دون أن تحدد هذه الحصة في القطعة الأرضية وقد تناولت أحكام هذا النوع مـن الملكيـة المواد من 713 إلى 742 من القانون المدني.

4- الملكيـة المشتركـة:

هي حالة قانونية يكون عليها (العقار المبني) أو مجموعة العقارات المبنيـة، وتكـون ملكيتهـا مقسمة بين عدة أشخاص إلى حصص، كما هو الحال بالنسبة للأجزاء المشتركة فـي العمـارات مثـل الأسطح، الأفنية، ممرات الدخول، الدرج، المصاعد، حيث تطبق على هذه الأجـزاء قواعـد الشـيوع الإجباري، فلا يجوز المطالبة بقسمتها عملا بنص المادة 747 مدني جزائري، وقد تناولت أحكام هـذا النوع من الملكية المواد من 743 إلى 772 مدني جزائري، وكذلك المرسوم التشريعي رقـم 93-03 المؤرخ في 1993/03/01 يتعلق بالنشاط العقاري حيث نضم هذا النوع من الملكية المشتركة المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 1983/11/12 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشـتركة المرسـوم رقـم 83-666 المؤرخ في 12 /1983/11 يحدد القواعد المعلقة بالملكيـة المشـتركة وتسـيير البنايـات الجماعية.

الفرع الثاني: العقـــار[1]

عرف العقار قانونا في المادة 683 من القانون المدني التي تنص على:" كـل شـيء مسـتقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول....".

ويستخلص من هذه الفقرة أن، العقار شيء ثابت أصلا، وأنه غير قابل للنقل من مكان إلى آخر دون تلف، وحسب الأستاذ السنهوري [2] فإن الفيصل في التفرقة بين العقار والمنقول يرجع إلى طبيعة الأشياء نفسها. وأول شيء يصدق عليه هذا التعريف هو الأرض بل الأصل في العقـار هـو الأرض نفسها، فهي التي لا يمكن نقلها من مكان إلى مكان آخر. مع ملاحظة أنه يمكن نقل أجزاء من الأرض،

---

[1] جاء في كتاب لسان اللسان لأبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور المجلد الثاني 203 لفظة عقر: العقار لغـة أحسن الشيء وأثمنه والعقار هو المنزل والأرض والضياع، وعقار كل شيء خياره نقول عقار المتاع خيـاره وعقـر القصيدة أحسن أبياتها، لسان اللسان لابن منظور، نشر دار الكتاب العلمية، لبنان، 1993، مج2، ص203

[2] السنهوري : مرجع سابق، ص 14.

دون أن تتلف مثل نقل بعض صخورها، لكن هذا لا يمكن تسميته نقلا للأرض، بل لــبعض أجزائهــا والتقنين الجزائري يعرض ثلاث أنواع من العقار، العقار بطبيعته والعقار تبعــا لموضــوعه والعقــار بالتخصيص.

أولا: العقار بطبيعته Immeuble par nature : وهو الشيء المادي الذي يكون له بالنظر إلى كيانه موقع ثابت غير منتقل[1] ويدخل في هذا الأرض، التي هي أصل العقار ومــا يتصــل بهــا ويرتبط بها على وجه الاستقرار من مباني ونباتات، وأشجار. وهذا ما حددته الفقرة الأولى من المــادة 683 قانون مدني جزائري، حيث اشترطت في العقار الثبات والاستقرار، وعدم إمكانيــة النقــل دون تلف، فالعقار بطبيعته ثلاثة أنواع هي الأرض، والنبات والمنشآت.[2]

1-الأرض: هي عقار أصيل [3] وتشمل سطحها، وطبقاتها، سواء كانــت أرضــا خصــبة أو جرداء، واقعة في التلال، أو في الصحاري. فكل ما يشمل مسمى الأرض، فهو عقار بطبيعته، فتخــرج الكنوز المدفونة بها، والمخبأة في جوفها عن مسمى العقار، وإذا استخرجت منها المعادن وغيرها مــن المواد أصبحت منقولا لا عقارا.

2-النبات : فهو كذلك عقارا، ما كان متصلا بالأرض اتصالا مباشرا، حيث يخرج عن مسمى العقار النباتات الموضوعة في أصص وأواني، إذ أن شرط اعتبار النباتات عقارا هو اتصالها بالأرض على وجه ثابت.[4] وحسب الأستاذ السنهوري : فإن النبات هو : كل مــا تنبتــه الأرض مــن ثمــار، ومحصول زراعي، وكل ما يغرس فيها من أشجار، ونخيل، مادامت جذوره ممتدة في بــاطن الأرض، فهو عقار[5].

3-المنشآت : هي جميع المباني والمنشآت البنائية المقامــة علــى ســطح الأرض أو تحتهــا كالعمارات والمنازل والمصانع والجسور، والأنفاق والآبار والأعمدة، فهذه الأصناف كلها عقارات مــا كانت مندمجة في الأرض ومتصلة بها.

ثانيا :العقار تبعا لموضوعه Immeuble par objet : النوع الثاني من العقار هو العقــار بحسب موضوعه. ومؤدى هذا النوع من العقارات هو ورود الحق على عقار، فجميع الحقوق العينيــة سواء كانت أصلية، كحق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الإرتفاق، والاستعمال والسكن، أو كانت تبعيــة،

---

[1] حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية ، نشر دار هومة بتاريخ 2002، الجزائر،ص 6 .

[2] السنهوري : مرجع سابق، ص20، محمد حسنين : مرجع سابق، ص 206.

[3] محمد حسنين مرجع سابق، ص 207-208.

[4] المرجع نفسه،نفس الصفحة

[5] السنهوري : مرجع سابق، ص22.

كالرهن الرسمي و الحيازي وحق التخصيص، وحق الامتياز، تعتبر كلها عقارات، إذا كانت واردة على عقار وبعبارة أخرى جميع الحقوق العينية الأصلية والتبعية تعتبر عقارا إذا كان موضوعها عقارا وتعتبر منقولا إذا كان موضوعها منقولا وقد عرفت المادة 684 قانون مدني العقار بحسب موضوعه فقالت " يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار"

ومثال ذلك حق الامتياز le privilège الذي هو حق عيني تبعي، يقرره القانون للدائن على مال المدين ضمانا للوفاء بحق الدائن، ومراعاة من القانون لصفة هذا الدين، حيث تنص المادة 982 من القانون المدني على : " الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفقه" ومصدره المباشر هو القانون، وذلك لصفة في الدين، يرى القانون أنه جدير بالرعاية مثل دين الضريبة المستحقة للدولة فإذا كان هذا الامتياز منح للدائن على عقار يملكه المدين، كان بذلك حق الامتياز عقار بحسب موضوعه، أو تبعا لموضوعه. لأنه وارد على عقار وموضوعه كان عقارا.

أما الفقرة الثانية من المادة 684 مدني جزائري التي نصت على الدعوى الواردة على عقار فهي تعني الدعوى القضائية المرفوعة أمام القضاء، فهي تعتبر عقارا بحسب موضوعها إذا كانت متعلقة بعقار، وهذا ما نصت عليه المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث أوجبت شهر هذه الدعوى ومن المعلوم أن الشهر يختص به العقار.[1]

فالفقرة الثانية من هذه المادة 684 مدني نصت على: "...وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار " فهي أدخلت الدعوى المتعلقة بالعقار، في صنف الأموال العقارية، بقولها في بداية المادة " يعتبر مالا عقاريا..." إلى قولها وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار". إذا فالدعوى المرفوعة أمام القضاء، تكون عقارا تبعا لموضوعها، إذا كانت متعلقة بعقار. فالحق المتمثل في رفع الدعاوى أمام القضاء يتحول إلى حق عقاري إذا كانت الدعوى متعلقة بعقار أو بحق عيني عقاري.[2]

---

[1] نص المادة 85 من مرسوم 63/76 هو " إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 14-4 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشيرة الإشهار".

[2] أنظر –مجيد خلفوني- نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، نشر وطبع الديوان الوطني للأشغال التربوية2003، الجزائر، ص40.

ثالثا: العقار بالتخصيص Immeuble par destination: العقار بالتخصيص هو منقـــول، منح صفة العقار على سبيل المجاز، لأن هذا المنقول معد لخدمة العقـــار أو مرصـــودا لاســـتغلاله أو مخصص له. وقد نصت على هذا النوع من العقار الفقرة الثانية من المادة 683 مدني جزائري بقولها: "...غير أن المنقول، الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقـــار، أو اســـتغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص ".

فالعقارات بالتخصيص حسب هذه المادة، منقولات بحسب طبيعتها، ومع ذلك عـــدها المشـــرع عقارات بالتخصيص، لأنها مخصصة لخدمة عقار بطبيعته. فهي إذا تستثنى من معيـــار التفرقـــة بـــين المنقول والعقار القائم على طبيعة الأشياء .

فالعقار وكل ما خصص له يكون مجموعة اقتصادية واحدة، رأى المشرع أن يخضعها لنظـــام قانوني واحد.[1]

ومن خلال المادة 683 الفقرة الثانية مدني جزائري نستشف شروط العقار بالتخصـــيص كمـــا يلي:

1-جاء في المادة: (غير أن المنقول، الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه).

ويستنتج من هذه الفقرة أن المنقول الذي يوضع لخدمة العقار يجب أن يكـــون ملـــك لصـــاحب العقار نفسه، دل على ذلك لفظة صاحبه، أي مالكه، وكذلك عبارة في عقار يملكـــه جمـــع بـــين الأول والثاني (صاحبه، وعقار يملكه)بوجوب أن يكون مالك العقار، هو مالك المنقول نفسه.

2-كما يفهم من الفقرة نفسها أن هناك منقولا بطبيعته بقولها (المنقول الذي يضعه صاحبه).

فهي صرحت بأنه منقول ابتداء، كما يوجد كذلك عقار بطبيعته، بقولها (في عقار يملكه).

فالشرط الثاني إذا هو عقار بطبيعته، ومنقولا بطبيعته.

3-ونستشف كشرط ثالث، لصيرورة المنقول عقار بالتخصيص من طيـــات الفقـــرة نفســـها. ضرورة توافر نية المالك، في أن يخصص المنقول لخدمة عقار، في عبارة المادة التالية: (لفظة يضعه ولفظة رصدا) يفهم منها أن نية المالك للشيء، المنقول والعقار، اتجهت إلى تخصيص هذا لخدمة هـــذا، فالمالك قد عبر عن إرادته بطريقة عملية، بوضعه المنقول خدمة للعقار، وهذا ما نجده في صلب المادة 60 من التقنين المدني الجزائري بقولها:" التعبير عن الإرادة يكـــون بـــاللفظ وبالكتابـــة أو بالإشـــارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".

---

[1] محمد حسنين: مرجع سابق، ص 210.

ونعتقد أن الموقف الذي اتخذه صاحب المنقول برصده لهذا المنقول لخدمة عقار يملكه، موقف لا يدع أي شك في الدلالة على مقصود المالك أنه ينوي الربط بينهما ويخصص أحدهما للآخر.

4-أما الشرط الرابع فهو عملية التخصيص التي تبدر من المالك، فيخصص المنقول لخدمة العقار وهذا واضح جليا في المادة في عبارتها (رصدا على خدمة هذا العقار) لاشك يفهم منه التخصيص.[1]

إذن حتى يتحول المنقول إلى عقار بالتخصيص. لابد من توافر أربعة شروط هي :

1-أن يكون لدينا منقول بطبيعته، وعقارا بطبيعته كل على حد.

2-أن يكون مالك العقار، هو نفسه مالك المنقول.

3-توافر نية ورغبة المالك، في خلق رابطة بين المنقول والعقار.

4-أن يخصص فعلا هذا المنقول لخدمة العقار.

والحكمة في إعطاء المنقول، المخصص لخدمة عقار صفة العقار، تتجلى من ناحية تنفيذ الأحكام. فلو كان مالك العقار مدين لشخص، وعجز عن تنفيذ التزامه، أو امتنع عن ذلك، وحاز الدائن حكما قضائيا بالتنفيذ على أموال المدين، فإن المادة 335 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، تفرض أن يكون التنفيذ أولا على الأموال المنقولة، فإذا لم تف بالدين يباشر التنفيذ على العقار وهذا كله ما لم تكن هناك ديون عقارية أو ديون ممتازة ذكرها القانون المدني في موادها من المادة 982 إلى 1000 وهي حقوق الامتياز.

وكذلك تتجلى الحكمة من منح المنقول صفة العقار بالتخصيص، عند تصفح المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية التي منعت الحجز على الأشياء التي يعتبرها القانون عقارا بالتخصيص.[2]

من كل ما سبق يتجلى أن العقار، ثلاثة أنواع –عقار بطبيعته، مثل الأرض والمباني والنباتات،- وعقار بالتخصيص، ومثاله ما يوضع من منقولات تخدم العقار بشروط ما يمنح بها المنقول صفة العقار، فيكون عقارا بالتخصيص،-وأخيرا عقار بحسب الموضوع، وهو ورود الحق

---

[1] للتوسع في ذلك أنظر –محمد حسنين – مرجع سابق، ص 21 وما بعدها- السنهوري مرجع سابق، ص29 وما بعدها- حمدي باشا عمر مرجع سابق، ص 8 وما بعدها.

[2] للتوسع أكثر في الموضوع أنظر، قانون الإجراءات المدنية نصا وتعليقا وتطبيقا، للأستاذ سائح سنقوقة، ص252 و284 وانظر كذلك عبد الرحمن بوبربارة –طرق التنفيذ في المسائل المدنية، منشورات بغدادي سنة 2002، الجزائر، ص 84.

على عقار، فإذا كان حق الانتفاع، أو حق الاستعمال، أو حق الامتياز أو حق التخصيص ورد على عقار بأن منح صاحب حق الانتفاع، انتفاعا بالعقار كان هذا الحق عقارا بحسب موضوعه.

وكذلك حق الاستعمال إذ منح شخص حق استعمال عقارا ما، كان هذا الحق (حق الاستعمال) عقارا بحسب الموضوع، عكس لو كان هذا الحق (حق الاستعمال منح على شيء منقول لا نكون بصدد عقار بحسب الموضوع، بل حق وارد على منقول.

قد بسطنا الحديث عن المصطلحات، التي تكون منها عنوان المطلب، وهو تعريف الملكية العقارية الخاصة.

ونعود إلى عنوان مطلبنا لنعرّف الملكية العقارية الخاصة؟

عرضنا للمكلة بصفة عامة، وعرفناها وذكرنا أنواعها ثم عرّجنا على العقار فعرفناه وذكرنا أنواع العقارات ونتناول فيما يلي تعريف الملكية العقارية الخاصة.

الفرع الثالث: مدلول الملكية العقارية الخاصة:

إذا رجعنا إلى ما أثبتناه في تعريفنا للملكية، والعقار. وجمعنا بين هذين التعريفين نقول: الملكية العقارية هي حق التمتع، والتصرف في الشيء الثابت، والمستقر في حيزه الذي لا يمكن نقله منه دون تلف، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة.

وإذا أضفنا أنواع العقار الأخرى غير العقار بطبيعته. قلنا: الملكية العقارية الخاصة هي: حق التمتع والتصرف، في الشيء المستقر والثابت في حيزه، الذي لا يمكن نقله منه دون تلف، وكذلك الحقوق العينية، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة.

وهذا التعريف مستمد في الحقيقة من المادة 674 قانون مدني، التي عرّفت الملكية، والمادة 683 مدني التي عرّفت العقار، فجمعنا بين هذين المادتين لنخلص إلى تعريف الملكية العقارية. لأن المادتين عرفتا على التوالي، الملكية والعقار.

وهذا ما أثبتته المادة 27 من القانون 25/90 [1] بقولها:" الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها".

فهذه المادة نهجت نفس نهج المادة 674 مدني في تعريفها للملكية. لكنها استعاضت عن الشرط الذي جاءت به المادة 674 المتعلق بحصر الاستعمال، فيما لا يحرمه ويحضره القانون بنصها أن يكون الاستعمال وفق طبيعة الأملاك أو غرضها.[2]

واستدرك القانون 25/90 بذكر هذا الشرط في صيغة عامة، حيث أقرت المادة 28 منه أن الأملاك العقارية تخضع للأمر رقم 58/75 وهو القانون المدني بقولها:" الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية العقارية يضمنها الدستور وتخضع للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المذكور أعلاه ويجب أن يوافق استغلال الخصائص المرتبطة بها الفائدة العامة التي أقرها القانون".

ويستنبط من المواد التي عرفت الملكية العقارية، أو الملكية بصفة عامة، أن المشرع الجزائري قيد الحق الوارد على الملكية، بالغاية التي شُرع لها، وهذا يعني أن الحق هو الوسيلة الموصلة للمصلحة، وليس هو المصلحة نفسها، فإذا ما استعمل هذا الحق في غير ما شرع له، عد صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه أي يعد الفعل غير مشروع بالنظر إلى استعمال الحق في غير غايته، لأنه

---

(1) متضمن التوجه العقاري صادر بتاريخ 1990/11/18.

(2) أنظر المواد من 33 إلى 37 من قانون 25/90.

يناقض روح القانون.[1] الذي كما أسلفنا جعل من الحق وظيفة اجتماعية، فالحق ميزة لصاحبه يمنحها القانون له، ويحميها، بطرق قانونية، ويخوله تسلطا على المال (العقار) ويعترف له به بصفته مالكا له، أو مستحقا له، لكنه قيده بعدم الإضرار بالغير وإلا عد تعسفا في استعمال حق الملكية.[2] وقد نص المشرع الأتي:ية التعسف في استعمال الحق في المادة124 مكرر من التقنين المدني (والملاحظ على المشرع من خلال النصوص المطبقة للمبادئ [3] التي حوتها المادة 124 مكرر مدني وهو ما جاء في المادة 41 الملغاة بنص المادة 51 من قانون 10/05/المعدل والمتمم للقانون المدني أنه متأثر بالفكر الاشتراكي الذي انطبعت به البلاد غداة الإستقلال.ويتجلى ذلك في الأتي: بالنسبة للملكية تناولتها المادة 690 مدني جزائري بنصها على " يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية...".

وفي مجال الملكية العقارية نصت المادة 691م" يجب على المالك ألاّ يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار..." في مجال الملكية الشائعة نصت المادة 714 م على: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء..."

أما في مجال الحقوق التابعة لحق الملكية العقارية فقد جاءت تطبيقات مبادئ المادة 124 مكرر في المواد 847 و872 و 881 مدني جزائري.

والخلاصة أن المشرع الجزائري، جعل من حق الملكية العقارية حقا ذو طبيعة مزدوجة فهو جمع بين النزعة الفردية، والنزعة الإجتماعية، في نفس الوقت بتبنيه النزعة الفردية، بنصه على أن حق الملكية العقارية هو حق التمتع، والتصرف في المال العقاري.

---

[1] سماعين شامة:النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، نشر دار هومة، سنة 2003، الجزائر، ط1، ص16.

[2] تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق وخصص لها نص المادة 124 مكرر مدني جزائري بقولها " يعتبر استعمال حقا تعسفيا في الأحوال التالية – إذا وقع بقصد الإضرار بالغير- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير –إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة" ولزيادة بينان أنظر-فتحي الدريني نظرية التعسف في استعمال الحق في التقنين المدني الجزائري- محاضرات مطبوعة لطلبة الماجستير حقوق الجزائر سنة 1980- وانظر الصادق قروي- نظرية التعسف في الشريعة والقانون مذكرة ماجستير غير منشور جامعة قسنطينة- ومحمد حسنين- الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ص 309 وما بعدها.

[3] وهي المعايير التي شملتها المادة 124 وهي I معيار الأضرار بالغير II معيار الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير III معيار الحصول على فائدة غير مشروعة.

معترفا للفرد بحق التمتع والتصرف في ملكيته ومن جهة أخرى تبنى النزعة الإجتماعية بنصه في المادة 674 مدني والمادة 27 و28 من قانون 25/90 أن الأملاك، ومنها الملكية العقارية، يشترط في ممارسة استغلالها والانتفاع بها، أن يكون ذلك وفقا للقانون في المادة 674 مدني، ووفقا لطبيعة الأملاك أو وفقا لغرضها حسب المادة 27 من قانون 25/90 وأن يوافق استغلال الخصائص المرتبطة بها الفائدة العامة. حسب المادة 28 من قانون 25/90 وكذلك المادة 690 تقنين مدني وهذا تقييد لحق الملكية فلم يعد حقا مطلقا، بل كما سبق تقديمه أصبح وظيفة اجتماعية. حيث وضع المشرع قيودا على سلطات المالك على ملكه.[1][2]

إذن المشرع وضع تعريفا للملكية العقارية[3] في المادة 27 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري. فرغم أن القسم الأكبر من هذا القانون تناولت أحكام العقار الفلاحي، إلا أنه يعد الإطار المرجعي، لتطبيق السياسة العقارية في بلادنا ويهدف المشرع من خلال إصداره لهذا القانون، إلى إيجاد توافق بين التشريع العقاري، وأحكام الدستور من خلال إعادة الإعتبار للملكية الخاصة[4] ومواكبة للتطور الحاصل في العالم، المتجه إلى إعطاء الملكية الفردية دورها الحقيقي في المجتمع لا سيما بعد سقوط المعسكر الشرقي لكن هذا التطور للملكية الفردية ذو بعد اجتماعي كما أسلفنا، فالملكية أضحت وظيفة اجتماعية وهي حسب المادة 27 من قانون 25/90.

"الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/ أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها".

- وهي حسب المادة 28 من نفس القانون – محمية ومضمونة دستوريا - .

- وهي كذلك خاضعة لأحكام القانون المدني، -كما أن استغلالها يجب أن يوافق المصلحة العامة التي يقرها القانون -.

---

(1) جعل قانون 25/90 عدم استثمار الأراضي الفلاحية تعسفا في استعمال الحق لأنه حسب نفس القانون (يشكل الاستثمار سواء المباشر أو غير المباشر (بواسطة الغير) واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائز لها وهذا ما قضت به المادة 48 من هذا القانون وذهبت هذه المادة إلى تعليل ذلك (عدم الاستثمار) يعد تعسفا بقولها أن الأرض الفلاحية منوط بها دور اقتصادي واجتماعي فهي لها وظيفة اجتماعية حسب المادة وإذا لم يستثمرها صاحبها (عد متعسف) ويذهب نفس القانون إلى معاقبة المالك إلى حد إلغاء ملكيته تماما حسب المواد 51، 52 وهذا حسب الإسناد سمعي شامة في كتابه النظام القانوني للتوجيه العقاري ص171 يعد خرق للقواعد الدستورية التي تحمي حق الملكية لا سيما المادة 52 منه راجعا المواد 48 وما بعدها من قانون 25/90 .

(2) أنظر ص 10 من هذه االمذكرة.

(3) القصد هنا الملكية العقارية الخاصة.

(4) نقصد بالدستور، دستور 1989/02/23 لأن استفتاء 1996/11/28 جاء بعد قانون 25/90 وانظر المادة 52 من دستور 1996.

المطلب الثاني: أنواع الملكية العقارية الخاصة:

تختلف الملكية باختلاف وجهة النظر إليها، فإذا نظرنا إليها باعتبار محلها وجدنا أنها ملكية واردة على منقول أو واردة على عقار.

وإذا نظرنا إليها باعتبار خصائصها، برز لنا ملكية خاصة، وملكية عامة.[1]

وإذا نظرنا إليها باعتبار صورتها، وما تخوله للمالك من سلطات، أمكن تقسيمها إلى ملكية مميــزة أو تامة وملكية شائعة.

وباستقراء القانون المدني نجده قد نظم أحكام الملكية، وبين أنواعها ابتداء من المادة 674 وما بعــدها. وأنواعها حسب نفس القانون هي الملكية التامة والملكية المجزأة، والملكية المشاعة،إما شيوعا اختياريــا وإما إجباريا.[2] وباعتبار الملكية العقارية أحد أنواع الملكية فهي تنقسم بدورها إلى الأنواع نفسها التــي تنقسم إليها الملكية عموما وفق التالي:

الفرع الأول: **الملكية العقارية التامة**:

هي الملكية العادية، التي تخول لصاحبها جميع المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء.

ويمكن رد هذه السلطات، إلى عناصر حق الملكية، وهي حق الاســتعمال وحــق الاســتغلال وحــق التصرف في العقارات.

أولا: **حق استعمال العقار**:

يخول حق الاستعمال للمالك، أن يستخدم الشيء (العقار) فيما هو قابل له، بغــرض الحصــول علــى منافعه. فإذا كان الملك دار فله أن يسكن هذه الدار، وإذا كان الشيء أرضا كان لــه حــق زراعتهــا، واستغلال خيرتها، فله الإفادة من أرضه مباشرة دون وساطة أحد بما يتفق وطبيعة أرضه.

ونشير قبل تعرضنا إلى الاستغلال، أن كلا المصطلحين لا يختلفان عن بعضهما البعض، فالاســتعمال هو إفادة المالك، من الشيء مباشرة دون وساطة طرف آخر. أما الاستغلال فهو الإفادة مــن الشــيء بالحصول على أجرته من المستأجر.

---

[1] من خصائص الأملاك العامة عدم قابليتها للحجز ولا لتصرف فيها ولا تمتلك بالتقادم انظــر المــادة 689 مــدني جزائري .

[2] الملكية التامة نظمتها المادة 674 و676 و 677 الملكية المجزأة المادة 844 وما يعدها في حق الانتفاع المواد 855 وما بعدها في حق الاستعمال والسكن المادة 867 في حق الإرتفاق وما بعدها- الملكية المشاعة نظمتها المواد من 713 إلى 742 الملكية المشتركة (شيوع إجباري) المواد من 743 إلى 772.

والملاحظ أن هناك تداخلا كبيرا بين الاستعمال والاستغلال، إلى حد اعتبار الاستعمال استغلالا مباشرا والاستغلال استعمالا غير مباشر[1] فمالك الأرض قد يستغل أرضه مباشرة، فيجني ثمارها ويستفيد من منتجاتها مباشرة بنفسه، و قد يمنح للغير حق استغلال أرضه، فيجعله يجني ثمارها مقابل ثمن يدفعه للمالك. وصاحب الدار له أن يستعملها شخصيا فيسكنها، كما له أن يؤجرها للغير ويجني ثمارها المدنية[2] في صورة أجرة تدفع له من المستأجر، وهذا ما جعل الأستاذ السنهوري يجمع بين الاستعمال والاستغلال في مطلب واحد في كتابه الوسيط في الباب الأول من القسم الثاني الفصل الأول حيث قال : " لما كان الاستعمال والاستغلال يقربان أحدهما من الآخر فكلاهما استعمال للشيء، فإذا استعمل المالك الشيء بشخصه سمى هذا استعمالا، وإذا استعمله بواسطة غيره في مقابل أجر يتقاضاه من الغير سمي هذا استغلال. و قد يستغل المالك الشيء مباشرة بنفسه لذلك نجمع بين الاستعمال والاستغلال في مطلب واحد...."[3]

و هذا ما حدا بالمشرع الجزائري إلى الاستغناء عن لفظتي الاستعمال والاستغلال واستبدالها بلفظة التمتع، فهي جامعة لمعنى الاستعمال والاستغلال في المادة 674 مدني جزائري. وإذا ما سجلنا اختلافا بين الاستعمال والاستغلال فهو في كيفية الاستفادة من الشيء فإذا كان من المالك مباشرة كان استعمالا وإذا كان بواسطة الغير كان استغلالا، كما أن المالك له الاستفادة من ثمار الشيء ومنتجاته[4] على السواء، فهو يملك الثمار والمنتجات على السواء دون تمييز. بينما الغير سواء كان صاحب حق الانتفاع، أو حائز فليس له الحق إلا في الثمار بشروط حددها القانون أنظر المواد 837 مدني وما بعدها.

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، ص 499-496.

[2] الثمار هي كل ما ينتجه الشيء من غلة متجددة في مواعيد دورية دون أن يترتب على أخذه الإنقاص. من أصل الشيء فهي عبارة عن دخل منتظم يجنى من الشيء مثل محصول الأرض وأجرة المنزل والثمار (fruits) على أنواع ثلاثة:

- الثمار الطبيعية وهي من عمل الطبيعة لا دخل للإنسان في إنتاجها مثل الأعشاب والكلأ التي تنبت بمفردها.
- الثمار المستحدثة هي التي يكون للإنسان يد في إنتاجها (ثمار صناعية).
- الثمار المدنية وهي ريع دوري متجدد بقبضة المالك من الغير لقاء ثقل منفعة الشيء وهي ما يدره الشيء من دخل نقدي يلزم به الغير مقابل إستفاداته من منافع الشيء بموجب عقد كتأجير المنزل أو أرباح الأسهم لزيادة فائدة أنظر السنهوري مرجع سابق، ص 588 وما بعدها .

[3] السنهوري: مرجع سابق، ص 496، المجلد 8.

[4] المنتجات هي ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية ويترتب على أخذها الانتقاص من أصل الشيء مثل المواد المستخرجة من المحاجر.

لكن قد تتحول المنتجات إلى ثمار وبالتالي يستطيع غير المالك الإفادة منهـا إذا أعـد الشـيء إعدادا خاصا، يمكن من خلال هذا الإعداد الحصول على إيراد دوري متجدد من المنتجات، مثل قطـع أشجار الغابة يعد من منتجاتها، لأنه ينقص من أصل الشيء لكن إذا ما أعدت الغابـة بطريقـة تسـمح بجني أشجارها بطريقة دورية، فإن ما يقطع من أشجار في هذه الحال، يعتبر ثمارا، ولو كان من شأنه المساس بجوهر الشيء وأصله.

فإذا ما تقرر لشخص حق انتفاع على هذه الغابة ، بعد أن أعدت هذا الإعداد كـان للمنتفـع أن يقطع الأشجار بوصفها ثمار للغابة، بموجب حقه في الاستغلال.[1]

إذا فحتى الثمار والمنتجات لا فرق في جنيها بين المالك والغير صاحب حق الانتفاع، إذا أعـد الشيء (العقار) إعداد خاص، ومنه تتضاءل التفرقة بين الاستعمال والاستغلال للعقـار وكمـا أسـلفنا يكادان أن يكونا شيء واحد.

---

[1] السنهوري : مرجع سابق، ص 589-590 (هامش)

ثانيا : استغلال العقار :

هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء[1] وقد يكون مباشرا ومناله زراعة الأرض من مالكها، وجني ثمارها، وهي حسب الأستاذ السنهوري استعمالا لملك ويمكن أيضا اعتبارهما استغلالا مباشرا[2] وقد يكون الاستغلال غير مباشر وذلك عن طريق منح الغير حق جني ثمار الشيء، مقابل دفع ثمن للمالك.

والجدير بالذكر في هذا الشأن أن الاستعمال من طرف المالك، يتميز عن استعمال الغير – للشيء في أن المالك، له أن يذهب في استعمال ملكه إلى حد إتلافه إذا أراد ذلك،كأن يقطع أشجار الأرض، أو يهدم بناء مقام على أرضه ملك له. ولا حد لسلطته في ذلك إلا ما يفرضه القانون عليه، أو يحجر عليه وفقا للقانون.أما غير المالك (المنتفع) فلا يجوز له إذا منح حق الاستعمال أن يتلف الشيء، أو يلحق به ضررا بل عليه حمايته والمحافظة عليه حتى يرده سالما لمالكه، بعد انتهاء حق انتفاعه، أنظر المواد 847-848-849 من القانون المدني وبما أن الاستغلال يكاد يماثل الاستعمال، فإن حكمهما واحد مع ملاحظة أن حق الاستعمال والاستغلال يمتدا ليشمل كل ما يشمله نطاق حق الملكية، وهذا ما نعرض له في مطلبنا القادم.

ثالثا : التصرف في العقار :

التصرف نوعان تصرف مادي،ويدخل في نطاق استعمال الشيء[3] فللمالك أن يتصرف في ملكه بجميع أنواع التصرف، إلى حد استهلاك الشيء إذا كان قابلا للاستهلاك، ومثاله تعديل البناء أو تهديمه. والنوع الثاني هو التصرف القانوني الذي يرد على حق المالك ومثاله بيع العقار أوهبته أو رهنه...

فالأول هو العمل المادي الذي ينال من (العقار)، وهو كما أسلفنا يختلط بالاستعمال.

والثاني هو العمل القانوني، الذي بموجبه يقوم المالك بتصرف قانوني في حق ملكه بماله من سلطة جامعة على الشيء(العقار) فالتصرف هو سلطة المالك على الشيء الذي يملكه فله أن يتصرف فيه ماديا فيأتي جميع الأعمال المادية التي تمكنه من استعمال الشيء أو إعدامه أو التغيير فيه. وسلطة

---

[1] عبد الرحمن ملزي: محاضرات ألقيت على طلبة القضاء الدفعة الثالثة سنة 2002، مادة القانون المدني(غير منشور) .

[2] السنهوري ، مرجع سابق، ص 499.

[3] السنهوري :مرجع سابق، ص 497.

التصرف هذه تعتبر عنصرا خالصا لحق الملكية، يميزه عن غيره من الحقوق العينيـة[1]حيـث جميـع الحقوق الأخرى تخول لصاحبها سلطة الإفادة من الشيء المملوك للغير على نحو يتفاوت مداه من حق إلى آخر،ولكن بشرط المحافظة على مادة الشيء وأصله.[2]

كما للمالك أن يتصرف في ملكه قانونيا، فيبرم جميع الأعمال القانونية التي من شأنها أن تؤدي حتى إلى زوال حقه كليا أو جزئيا. فله أن ينقل حقه كله إلى شخص آخر بموجب تصرف ناقل للملكيـة كالبيع أو الهبة وله أن يجزء ملكيته بأن يمنح غيره حق انتفاع، أو حق ارتفاق على العقار .

في الخلاصة نقول : إن الملكية التامة هي التي يستجمع فيها المالك السلطات الـثلاث، سـلطة الاستعمال، وسلطة الاستغلال،وسلطة التصرف، فصاحب العقار له أن يتمتع بعقاره على حـد تعبيـر المشرع[3] الجزائري بأن يستعمل أو يستغل عقاره كما يشاء ويتصرف فيه كما يحلو له ضـمن حـدود القانون والأنظمة المعمول بها، فله التمتع بأرضه أو عقاره وما يتفرع عنهـا مـن ثمـار ومنتجـات وملحقات بكل ما يشمله نطاقها القانوني من عمق وعلو إلى الحد المفيد .

الفرع الثاني : الملكية العقارية المجزأة :

بينا في الفرع السابق أن الملكية العقارية التامة قوامها الحقوق الثلاثة، الاستعمال والاسـتغلال والتصرف،أو (التمتع والتصرف) المخولة قانونا للمالك.

لكن المالك بما خوله القانون من تصرف قانوني على ملكه، له أن يتنازل عـن بعـض هـذه الحقوق لفائدة غيره. فيجزأ بذلك ملكيته، ومثاله أن يتنازل عن حقه في اسـتعمال الشـيء واسـتغلاله لصاحب حق الانتفاع، فلا يبقى له عندها إلا ملكية الرقبة. وهذه الصورة هي الملكية المجـزأة حيـث جزأ المالك سلطاته، وحقوقه المكفولة قانون فلم يعد في يده سوى ملكية الرقبة، فـالأرض التـي وقـع عليها صاحبها حق انتفاع لغيره يكون بموجب هذا الحق للغير أن يزرع الأرض، ويجني ثمارها، لكن ليس له حق التصرف القانوني عليها. فليس له بيعها أو هبتها، أو رهنها وتكون الملكية العقارية بـذلك مجزأة، لأن السلطات الثلاثة لم تعد في يد المالك كلها. حيث انتقلت سـلطة الاسـتعمال والاسـتغلال (التمتع)إلى الغير،ولم يبق لمالك سوى سلطة التصرف القانوني، إذ حتى التصرف المادي يتجزأ بدوره

---

[1] التصرف المادي يرد على الشيء محل الحق لهذا كان التصرف المادي العنصر الوحيد الذي يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية عكس سلطة التصرف القانوني التي ترد على حق المالك دون الشيء ولا تعتبر عنصرا مكونا لحق الملكية بل هي رخصة تثبت للمالك كما تثبت لغيره من أصحاب الحقوق العينية الأخرى .

[2] أنظر الصفة 24 من هذه المذكرة.

[3] جاء في المادة 674 مدني جزائري ما يلي – الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمال ا تحرمه القوانين والأنظمة.

لأنه كما أثبتنا هو داخل في نطاق الاستعمال. فلا يحضر على صاحب حق الانتفاع سوى التصرف المادي الماس بأصل الملك، فليس له تغييره، ولا إتلافه، بل من واجبه المحافظة عليه.[1]

الفرع الثالث : الملكية العقارية المشاعة :

الملكية الشائعة حالة قانونية، تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني في الشيء الواحد، بدون أن تحدد حصص كل واحد منهم، ويكون لكل واحد منهم الحق في حصة تنسب إلى (العقار) في مجموعة كالنصف أو الربع أو الثلث.[2]

عرفها المشرع الجزائري في المادة 713 من القانون المدني بقوله : "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك ".

الملاحظ على هذا النص ، أن المشرع استخدم لفظة (الشيء) وهذا معناه دخول العقار والمنقول، فكلاهما قد يرد عليه الشيوع، أنظر المادة 721 قانون مدني .

كذلك أقر المشرع أن الشيوع لا يقوم إلا على ملكية اثنان فأكثر لشيء واحد. فالملك يجب أن يملكه أكثر من شخص واحد،حتى تكون بصدد ملكية شائعة.

كذلك أوجب المشرع في المادة السالفة أن تكون الحصص غير مقررة، أي غير مفرزة وهو التعبير الذي استخدمه المشرع المصري في المادة725 مدني مصري لتعريف بالملك الشائع حيث قال :"إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع..." ونرى أن عبارة (مفرزة) أنسب من عبارة مقررة لأن التقرير قد يحمل معان أخرى عكس الفرز فهو أدق في التعبير عن الحالة.

كما يتبين من مادة القانون الجزائري 713 مدني أن الملكية المشاعة تتكون من حصص فحق المالك في هذا النوع من الملك يتعلق بحصة في مجموع الملك لأن هذا الأخير ينقسم حصصيا دون أن ينقسم المال ذاته.[3] فالملاك أو المشتاعين يجب أن تعين حصة كل منهم في مجموع الملك سواء كانت

---

[1] السنهوري ، مرجع سابق، 498- وتجزيء الملكية ينتج عنه الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وهي الانتفاع، الإرتفاق الاستعمال والسكن .

[2] حصص الشركاء في الشركة لا يعد شيوعا لأن المالك لهذه الحصص هي الشركة باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية منفصلة عن ذمة باقي الشركاء- أنظر في ذلك أحمد محرز- القانون التجاري الجزائري الجزء الثاني، نشر ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1980، الجزائر، ص69.

[3] السنهوري ،مرجع سابق، ص 796 /798.

النصف أو الربع أو غيرها من الأنصبة مما عين عادة عند بدء الشيوع تبعا لمصدره[2] وصورة هذا النوع من الملكية العقارية أن يرث إخوة مهما كان عددهم عقارا عن أبيهم المتوفى فيكونون بذلك شركاء في هذا العقار على الشيوع لكل واحد منهم حصته التي قررها له الشرع والقانون فإن كانوا اخوة ذكورا كانت حصة كل واحد منهم مساوية لأخيه وإن كانوا اخوة رجالا ونساء كان للذكر مثل حظ الأنثيين[3] وقد يكون مصدر الشيوع وصية كأن يوصي شخصا الإثنين أو أكثر بعقار ويتحدد نصيب كل موصى لهم قسم العقار بينهم بالتساوي يستشف هذا من نص المادة 195 قانون أسرة،وإن كان مصدر الشيوع عقدا [4] فيرجع إلى أحكام العقد نفسه المنشئ للشيوع في تحديد الأنصبة وفي حالة عدم نص العقد على نصيب كل شريك في الشيوع تعتبر الحصص متساوية بنص المادة 713 مدني جزائري "...وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك "

إذًا تحديد الأنصبة أمر واجب في مثل هذه الملكية فيجب أن يحدد لكل شريك في الشيوع حصته لأن القانون يوجب تحديد الأنصبة في الملكية الشائعة وإن لم تكن الأنصبة محددة بنسب إما الربع أو النصف أو غيرها فهو يفترض تساوي الحصص تفاديا لعدم تحديد الحصة.

والملاحظ أن هناك فرق بين فرز الحصص وتحديد الحصص لأن الفرز هو تعيين الحصة بمكانها وجهتها وحدودها في العقار ومساحتها. وغيره أما التخصيص فهي نسب في الشيء توزع على الشركاء حسب حقهم في الشيوع دون تحديد لمكان معين في العقار مثل الربع، النصف فمثلا صاحب الربع يملك ربع العقار بدون تحديد لجزء من العقار يعود له ولا سبيل للخروج من هذا الوضع إلا بالقسمة الودية أو القسمة القضائية.[1]

وتعدد الملاك في الملكية الشائعة يثير عدة إشكالات فيما يتعلق بمزاولة كل مالك لسلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف لأن ممارسة هذه السلطات تقتضي إجماع الشركاء فرغم أن كل شريك في الشيوع يملاك حصته ملكا تاما وله التصرف فيها والاستيلاء على ثمارها كما له حق استعمال حصته بشرط ألا يلحق ضرر بحقوق سائر الشركاء بنص المادة 714 قانون مدني إلا أن المادة التي بعدها 715 جعلت إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاقا يخالف ذلك وهذا الاجتماع للشركاء لا يشترط أن يكون إجماعا تاما يضم كل الشركاء بل تكفي فيه الأغلبية من الشركاء فقط بحسب قيمة الأنصبة وقد حددت المادة 717 هذه الأغلبية بثلاثة أرباع المال الشائع أي الرأي الغالب في إدارة المال الشائع يكون لمجموعة الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار

---

[2] السنهوري ،مرجع سابق، ص796.

[3] أنظر الآية 11 من سورة النساء/مع ملاحظة أن المثال ليس فيه نصيب للزوجة (⅛)لأنه غير مذكورة في المثال

[4] مثاله أن يشتري عدة أشخاص قد يكونوا من أسرة واحدة عقارا على الشيوع دون تحديد نصيب كل واحد منهم.

[1] أنظر المواد 722-723 -727 إلى 737 وكذلك رمضان أبو السعود – المرجع السابق، ص 72 وما بعدها .

المشاع وإن لم توجد أغلبية فالمحكمة هي التي تتخذ التدابير اللازمة في تعيين مدير للمال الشائع بناء على طلب أحد الشركاء حسب المادة 716 مدني [2]

وتجدر الإشارة إلى أن الملكية المشاعة نوعان شيوع اختياري وهو الذي تعرضنا له في سطورنا السابقة وشيوع إجباري.

فالشيوع الاختياري هو ما كان قابلا للقسمة بمعنى أن الخروج من حالة الشيوع أو البقاء فيه متوقف على إرادة المالكين فكل واحد من الشركاء المشتعين إفراز نصيبه عين له حق طلب إفراز نصيبه فيصبح بذلك مالكا ملكية مفرزة حيث نصت المادة 722 قانون مدني على " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق..." والخروج من الشيوع كما أسلفنا يكون إما اتفاقيا إذا انعقد إجماع الشركاء على تقاسمهم وخروجهم من الشيوع حسب المادة 723 مدني وإما قضائيا باللجوء إلى القضاء إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع حسب المادة 724 مدني حيث تكون القسمة القضائية بطريقة الاقتراع حسب المادة 727 مدني جزائري.[1]

أما النوع الثاني من الشيوع فهو الشيوع الإجباري الذي عرفته المادة 743 من القانون المدني بقولها "الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة"يتجلى من هذا النص في أن الملكية المشتركة لا تكون في الأرض الفضاء بل لابد من وجود بناء وتعدد المالكين لهذا البناء فالبناء أو مجموعة البناءات المملوكة لشخص واحد لا تشكل ملكية مشتركة وقد حددت إجبارية هذه الملكية والإبقاء جبرا على الشيوع فليس للمالكين المطالبة بقسمتها المادة 747 مدني حيث نصت على " لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق

---

[2] لتوسع في إدارة المال الشائع أنظر - رمضان أبوالسعود- مرجع سابق، ص63 وما بعدها- السنهوري ، مرجع سابق، ص 804 وما بعدها –وعبد المنعم البدراوي- حق الملكية نشر مكتبة سيد عبد الله وهبة سنة 1973، مصر ،ط1، ص 173.

Jean mazeaud.Henri et léon mazeaud. François chabas- leçons de droit civil tome II Biens droit de propriété 52 édition. Montchrestien 1994, P 40

[1] لزيادة تفصيل حول الملكية المشاعة أنظر السنهوري – الوسيط المجلد 8- الباب الثالث ص 793 وما بعدها ، كذلك خليل أحدم قدادة- الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،الجزء الرابع، ص 223، نشر ديوان المطبوعات الجامعية2001 ورمضان أبو السعود- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها) ص 62وما بعدها، نشر دار الجامعة الجديدة سنة 2004 (مصر).

التابعة لها محلا لدعوى التقسيم أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن القسمات التي تشكل الوحدة العقاريـــة". (2) فالشيوع الإجباري هو شيوع دائم لا يجوز لشركاء طلب القسمة فيه وتبرير ذلـــك أن الغـــرض الـــذي أعدله العقار المشاع يقتضي أن يبقى دائما في الشيوع ومثاله هو الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات حيث يتعدد ملاك البناء الواحد أو العمارة الواحدة بحيث يكون لكل منهم شقته الخاصة يملكهـــا ملكيـــة مفرزة وهي التي أشارت لها المادة 743 مدني بقولها "...تشتمل كل واحدة منها على جزء خـــاص ..." هذا الجزء الخاص في الشيوع الإجباري هو الذي عرفته المادة 744 مدني بقولهـــا " تعتبـــر أجـــزاء خاصة، أجزاء العقارات المبنية أو غير المبنية والمملوكة بالتقسيم لكل واحـــد مـــن المـــلاك الشـــركاء بغرض الاستعمال الشخصي والخاص"ويلاحظ أن الصياغة اللغوية لهذه المادة تعد ركيكة فـــي بـــدايتها ونقترح الصياغة التالية تعد أجزاء خاصة في الملكية المشتركة الأجزاء المفرزة التي يملك كل شـــريك فيها ملكية تامة تخوله حق الاستعمال الشخصي والخاص لجزئه المفرز.

والملاحظ كذلك على هذه المادة في عبارتها..." والمملوكة بالتقســيم تـــوحي أن المـــلاك فـــي الشيوع الإجباري قد ملكوا أجزائهم الخاصة بالتقاسم وهذا غير صحيح لأن المالك في هذه الصورة من الملكية يكون قد تلقى ملكيته للجزء الخاص به بطرق شتى غير القسمة فقد يكون وارثا لشـــقة أبيـــه أو كسبها عن طريق عقد بواسطة الشراء أو تكون انتقلت له عن طريق وصية...الـــخ فملكيتـــه للجـــزء الخاص المفرز تم فرزه وتحديده بطرق أخرى كما ترى غير القسمة فحـــق الإســـتعمال والإســـتغلال والتصرف (التمتع والتصرف) انتقله وكسبه بالسبب المنشئ لهذا الحق ولـــيس بالتقســـيم، وقـــد عـــدد المشرع لأجزاء الخاصة بكل شريك حيث ذكر مجموع ما تحتويه الأجزاء الخاص فـــي المـــادة 744 الفقرة الثانية قانون مدني على سبيل المثال لا الحصر لأن العالم في تطور وقد تظهر مستقبلا أجـــزاء تكون ضرورية توافرها في الجزء الخاص حيث ذكر المشرع الأسقف والأحـــواض وتبلـــيط الأرض والتغطية والأبواب والنوافذ ومغالق الشبابيك والطلاء...وغيرها.

وكم حدد المشرع الأجزاء الخاصة حدد كذلك الأجزاء المشتركة بعدما عرفها في المـــادة 745 مدني حيث قال " تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشـــيوع كافة الملاكين المشتركين..." كما قام في الفقرة الثانية من نفس المادة بتحديد الأجزاء المشـــتركة كـــذلك على سبيل المثال لا الحصر إذ يمكن إضافة أشياء جديدة لم يذكرها المشرع في النص في حالة تـــوافر ضرورة للإستعمال المشترك.

وبصورة عامة حدد المشرع الأجزاء الخاصة والأجزاء المشتركة ثم بين طريقة إدارة الأجزاء المشتركة ، أنظر المواد 756 مكرر[2] من القانون المدني وما بعدها.

(2) تبنت المحكمة العليا حكما مماثلا لما جاء في نص المادة 747 مدني في قرارهارقم 78876 بتاريخ 1991/07/01 مجلة قضائية لسنة 1992، العدد03، ص 35.

وخلاصة القول في الملكية المشاعة سواء كانت إختيارية أو إجبارية على نحو ما فصلنا أنهــا حق ملكية تشمل جميع عناصر الملكية من تمتع وتصرف في العقار حسب المادة 675 مــدني والمــادة 714 مدني واستشهد بالمادة 675 مدني لأن المادة 713 مدني أقرت أن الشريك فــي الشــيوع مالــك بنصها أن " إذا ملك اثنان أو أكثر...وكذلك المادة 714 بنصها علــى أن"كــل شــريك فــي الشــيوع يملك...فالشاهد من النصين أن الشريك في الشيوع مالك له كل حقوق المالك الأصلي بضوابط الملــك المشاع.

وإذا بحثنا في الطبيعة القانونية للملكية الشائعة وجدناها ملكية وسط[1] بين الملكية المفرزة الفرديــة والملكية الجماعية وذلك لأن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع تكون شائعة في كل العقــار بحيــث لا تتركز في جانب معين من العقار ولا جهة محددة بالذات وفي مقابل هذا نجد الحصة المملوكة في الشــيوع ليست ملك لكل الشركاء بل كل شريك يملك حصته دون فرز وإذا أردنا أن نحدد إلى أي الملكيتــين تكــون أقرب بمعنى هل الملكية المشاعة تكون أقرب في صورتها إلى الملكية الفردية أم إلــى الملكيــة الجماعيــة وجدناها تشترك مع الملكية المفرزة (الفردية) في طبيعتها[2] لأن كل شريك في الشيوع يملك ملكية فرديــة لحصته في المال الشائع وفي العقار الشائع عكس الملكية الجماعية التي لا يملك أي واحــد مــن الجماعــة ملكية بمفرده ولا حتى حصة فيها فضلا على أن يملك الكل بل الملكية في الملكية الجماعية تعود للمجموعة دون أن تكون لهم شخصية معنوية[3] أما الشيوع الإجباري فالسائد قديما تكييفــه علــى أســاس نظريــة الإرتفاق المتبادل وذلك بأن يكون لكل شريك نصف المال مثلا مفرزا وله حق ارتفاق على النصف الآخــر أي تكون بصدد عقار مرتفق وآخر مرتفق به غير أنه هجرت هذه النظرية وأصبح السائد اليوم هو اعتبار الأجزاء المشتركة في هذا النوع من الملكية ملكية شائعة بين مالكين أو أكثر لكل منهم حقوق المالك علــى المال الشائع وعليه واجباته[1] وما يتميز به هذا النوع من الشيوع هو عدم امكانيــة أي شــريك المطالبــة بقسمته لأن حالة الضرورة التي أملت هذه الحالة من الشيوع الإجباري تقتضى بقاؤه كــذلك طالمــا بقيــت الأوضاع التي دعت إليه قائمة .

لا يفوتنا أن نسجل أن المشرع الجزائري في القانون المدني أورد تطبيقات لشيوع بنوعيــه حيــث نص في المواد من 704 إلى 707 على الحائط المشترك ويلحق به الحائط الفاصل المــادة 707 وكــذلك ملكية الأسرة في المواد من 738 إلى 742 ونسجل أن الحائط المشترك يكون الشيوع فيه اجباريا[2] عكس

---

[1]السنهوري : مرجع سابق، ص 798.

[2] مرجع نفسه، نفس الصفحة وماب عدها.

[3] أنظر -أعمر يحياوي- نظرية المال العام، نشر دار هومة، 2002، الجزائر، ص 51.

[1] رمضان أبو السعود : مرجع سابق، ص 93.

[2] رمضان أبو السعود : مرجع سابق، ص 93.

ملكية الأسرة التي يكون الشيوع فيها اختياريا بنص المادة 739 مدني غير أنه يستشف من المادة 740 مدني أن ملكية الأسرة تكون شيوع اجباري طيلة المدة المتفق عليها وأقصاها خمسة عشرة سنة (15) سنة فإذا اتفق أعضاء الأسرة الواحدة على إنشاء ملكية للأسرة تدوم مدة معينة فحسب المادة 740 ق.م تكون فيه ملكية الأسرة شيوع إجباري حتى إنتهاء المدة المحددة.

المطلب الثالث : نطاق الملكية العقارية الخاصة :

أوردنا سابقا أن حق الملكية عموما وحق الملكية خصوصا يخول لصاحبه سلطات معينة على الشيء محل الحق وهو هنا في موضوعنا العقار. والسلطات المخولة لمالك هي حسب المادة 674 مدني هي حق التمتع ويشمل كما بيّنا حق الإستعمال وحق الإستغلال وكذلك حق التصرف. ونعرض الآن إلى النطاق الذي تمارس فيه هذه السلطات الثلاث وبذلك يكون نطاق الملكية العقارية هو الوعاء المحدد الذي يمارس فيه المالك سلطاته على هذا الملك[3] التي خولها القانون له فإذا كان الملك منقولا فلا صعوبة في تحديد نطاق حق ملكيته لأن المنقول منفصلا عن غيره من الأشياء بحيث يمكن تحديد نطاقه عن غيره من المنقولات عكس العقار الذي تبدو فيه صعوبات في تحديد نطاقه لا سيما إذا كان أرضا فضاء أين تتصل الملكيات ببعضها مما يثير المنازعات بين الملاك المتجاورين عند مباشرة حقوقهم على أراضيهم لأجل ذلك فرض أو نص المشرع في المادة 703 مدني على أنه يحق لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة.[1]

وفي التشريع الجزائري حدد نطاق الملكية العقارية[2] المادتان 675و 676 من التقنين المدني حيث جاء في المادة 675 ما يلي " مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير.

وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا

ويجوز بمقتضى القانون أو الإتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو تحتها" .

وجاء في المادة 676 ما يلي " لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته مالم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك " .

---

[3] رمضان أبو السعود : مرجع سابق، ص 29.

[1] يعرف نطاق العقار إذا كان بناء ما تحصره جدرانه الخارجية من أجزاء داخلة أما الأرض فنطاقها يختلف حيث يشمل السطح والعلو والعمق ، أنظر السنهوري : مرجع سابق، ص 570.

[2] المادتان تتحدث عن الملكية بوجه عام لكننا استوضفنا مدلولهما لإسقاطه على الملكية العقارية.

يتبين إذا من هذين النصين أن نطاق حق الملكية يشمل أصل الشيء وعناصره الجوهرية وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات وملحقات وإذا كان هذا الملك أرضا شملت ملكيتها ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها.

ومن خلال النصين السالفين يمكن إستخلاص المبادئ التالية في مجال نطاق الملكية تدخل العناصر التالية :

1-شمولية نطاق الملكية أول ما تشمل الشيء نفسه (أصل الشيء).

2-شمولية نطاق الملكية ما يعد من عناصر الشيء الجوهرية.

3-إذا كانت الملكية أرضا فضاء شمل النطاق ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد.

4-يشمل كذلك نطاق الملكية ثمار الشيء ومنتجاته وملحقاته.

ويمكن إسقاط هذه العناصر لنطاق الملكية على الأملاك العقارية وفق التفصيل الآتي :

الفرع الأول : أصل الشيء(العقار)

باستقراء نص المادة 675 و 676 مدني نجد المادة الأولى تقر أن المالك يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية والعناصر الجوهرية في الشيء هي حسب نفس المادة العناصر التي لا يمكن فصلها عن الشيء دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير وبذلك تدخل العناصر الجوهرية في أصل الشيء ومثال ذلك إذا كان الشيء بناء فمالكه يملك جميع الأجزاء المكونة له من جدران وأسقف وأعمدة وأبواب وشبابيك وكل ماهو مندمج في البناء بحيث لا يمكن فصله عنه دون المساس بكيانه أو التغيير فيه ، فلا يمكن مثلا فصل أعمدة البناء عن البناء نفسه لأنها من عناصره الجوهرية ولأن نزعها عنه يؤدي إلى إتلاف البناء وقل مثل ذلك في الجدران وغيرها ... .

وإذا كان الملك أرض كانت عناصرها الجوهرية سطحها وباطنها وعلوها وتربتها فكل هذه الأشياء لا يمكن فصلها ماديا عن الأرض لأنها عناصرها الجوهرية وإذا كانت الأرض زراعية كان زرعها وأشجارها من عناصرها الجوهرية لأن نزع الزرع عنها يجعلها تتغير من حالة إلى حالة أخرى[1] . والمادة 675 ق. م.ذكرت ثلاث حالات تحدث إذا نزع العناصر الجوهرية، فساد ، إتلاف، تغيير إذًا إذا كان الملك عقار كان أول ما يشمله نطاق ملكية هذا العقار، العقار نفسه سواء كان أرضا فضاءا أو بناءا وغيره[2] ...فأصل العقار يشمل العقار نفسه وكل ما يعد من عناصره الجوهرية .

[1] لأن النبات والأشجار عقار بطبيعته ، أنظر ص16 من مذكرتنا هذه وأنظر السنهوري مرجع سابق، ص570.

[2] مثل الجسور بعناصرها الجوهرية أعمدتها وحبالها وأسلاكها وغيره.

الفرع الثاني : العلو والعمق :

أولا : العلــو: يعتبر مالك سطح الأرض مالكا لما فوقها أي العلو هذا ما دلــت عليــه الفقــرة الأولى من المادة 782 قانون مدني بنصها على "كل ما على الأرض أو تحتها من غرس أو بنـــاء أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض وأقامه على نفقته ويكون مملوكا له".

فهذه الفقرة من المادة تفيد أن ملكية سطح الأرض قرينة على ملكية ما فوقها لكن هذه القرينـــة بسيطة قابلة لإثبات العكس فطبقا للفقرة الثانية من نفس المادة يجوز اقامة الدليل فـــي مواجهـــة مالـــك سطح الأرض على أن أجنبيا قد أقام منشآت على نفقته أو يقام الدليل على أن مالك سطح الأرض قـــد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وفي تملكها.

وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 675 ق.م يجوز فصل ملكية سطح الأرض مـــن ملكيـــة العلو بناء على اتفاق أو نص في القانون [1] والمستقر عليه في الفقه والقضاء المقارن أن فصل ملكيـــة سطح الأرض عن العلو يكون إما بقانون أو بتصرف قانوني والتصرف القانوني قد يكون اتفاق المادة 675م أو بالإرادة المنفردة مثل الوصية.[2]

وإذا كانت ملكية سطح الأرض قرينة على ملكية ما فوقها أي العلو، فإن ملكية العلـــو لا تقـــوم قرينة على ملكية سطح الأرض وعلى من ادعى ذلك يقع عبء الإثبات بالدليل المقبول قانونـــا، وقـــد صدر من المحكمة العليا قرارين في هذا المعنى الأول بتاريخ 1989/11/10 مجلـــة قضـــائية لســـنة 1990 العدد الرابع ص150 وكذلك قرار صدر بتاريخ 1994/02/07 المجلة القضائية لســـنة 1994 العدد الثاني، ص 158 وملكية العلو تخول صاحبها أن يتمتع ويتصرف في علوه فله أن يقـــيم منشـــآت عليه وله أن يغرس في سطح أرضه لأن المنشآت والنباتات تشغل حيزا لعلو وله كذلك أن يمتلـــك مـــا فوق سطح أرضه من نور وهواء كما له الحق في منع الغير من الإعتداء على علوه فإذا امتدت أشجار جاره واحتلت حيزا من علوه له أن يلزم الجار بتقليم فروع وأغصان الأشجار التي حجبت النور عـــن أرضه ومنعت أشعة الشمس من الوصول إلى زرعه أنظر المادة 691 مدني وإذا أعلى الجار حائطـــه الفاصل بينه وبين عقار جاره وأصبح هذا الجزء المعلى منه مائلا يشتغل حيزا من علو جاره كان هـــذا إعتداء وجاز للجار الثاني طلب ازالة هذا الاعتداء[1] ولكن يجب ألا يفهم من هذا أن ملكية العلو مطلقة

---

[1] يكون فصل العلو عن سطح الأرض بالاتفاق كأن يمنح مالك السطح حق التعلي أو حق إقامة منشآت على سطح الأرض كما هو حال المادة 782 مدني، وقد يكون فصل العلو عن سطح الأرض عن طريق نص قانوني كما حال المادة7 من الأمر 69/ 59 المؤرخ في 28 – 08- 1969، المتعلق بتوزيع الكهرباء والغاز،كما قد يكون هذا الفص ل بتصرف قانوني أحادى الجانب هو الوصية، أنظر السنهوري، المرجع السابق، ص 571.

[2] أنظر المادة 190 من قانون الأسرة .

[1] السنهوري: مرجع سابق،ص572، رمضان أبو السعود : مرجع سابق، ص 31.

ولا حدود لها لأن نص المادة 675 مدني الفقرة الثانية منها قيدت حق ملكية العلو بالحيز المقيد في التمتع بهذه الملكية ويترتب على ذلك أنه ليس لمالك العلو أن يعارض فيما يقام من أعمال على مسافات العلو المرتفعة أين لا يكون له أية مصلحة في منعها والمستقر عليه الفقه والقضاء المقارن أن مناط المصلحة في هذا الخصوص هو ما قد يسببه هذا العمل من ضرر للمالك أما لو كان العمل لا يسبب ضرر للمالك كان المنع لمثل هذه الأعمال تعسفا منه ويلحق بالتعسف في استعمال الحق [2]

ويستخلص من هذا أمران:

الأمر الأول : أنه لا يجوز للمالك أن يمنع مرور الأسلاك الكهربائية أو التيلفونية فوق أرضه. سواء كانت هذه الأسلاك مملوكة للدولة، أو لإحدى السلطات العامة أو حتى أصحاب رخصة البحث أو استغلال الأنشطة المنجمية وفقا لأحكام المادة 07 من الأمر 59/69 المؤرخ في 1969/08/28 المتعلق بتوزيع الكهرباء والغاز.

الأمر الثاني: أنه لا يجوز للمالك منع تحليق الطائرات فوق أرضه على مسافة من العلو بحيث لا تحدث ضررا للمالك، لأن صوت الطائرات هو نعم ازعاج لكن يتحمله كافة الناس بما فيهم المالك وذلك حتى لا تتعطل الملاحة الجوية هذا مع ملاحظة أن الفضاء الجوي يخضع لسيادة الدولة بل يذهب القانون في مجال حماية الملاحة الجوية إلى فرض ارتفاقات على السكان المجاورين للمطار تعرف بإرتفاقات المطار طبقا للقانون رقم 244/64 المؤرخ في 1964/08/22 متعلق بارتفاقات المطار لمصلحة الملاحة الجوية يفرض عليهم هذا الإرتفاق عدم إقامة منشآت أو أسلاك أو أي تعلية من شأنها إعاقة الملاحة الجوية وعرقلة صعود وهبوط الطائرات على مدارج المطارات .

ثانيا : العمق :

مالك سطح الأرض مالكا لما تحتها أي العمق وتطبق في هذا الخصوص الأحكام السالفة المتعلقة بالعلو حيث ذكرت الفقرة الثانية من المادة 674 مدني العمق في قولها...وما تحتها .

ومالك سطح الأرض تمنحه هذه الملكية قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بنفس الفقرة الأولى من المادة 782ق.م كما يجوز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية العمق بناء على نص قانوني أو بتصرف قانوني كما هو شأن ملكية العلو حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 675 ق.م " ويجوز بمقتضى القانون أو الإتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها وملكية العمق ليست قرينة على ملكية سطح الأرض فإذا إدعى مالك العمق ملكية سطح الأرض عليه عبء الدليل المقبول قانون.

---

[2] السنهوري : مرجع سابق، ص 573-574.

وملكية صاحب سطح الأرض للعمق تخوله الحق في حفر أرضه أو عمقه لوضع أسس البناء الذي يريد إقامته فوقها وله أن يغرس فيها أو يزرع إلى العمق المتطلب فجذور غرسه له أن تمتد في عمق أرضه إلى الحد المتطلب وله أن يقيم سراديب وأنفاق في العمق تحت أرضه كما يشاء كما يخوله القانون بصفته مالك الحق في منع الغير من الإعتداء على عمقه فله منع جذور أشجار ونباتات جاره من الإمتداد في عمق أرضه وباطنها وقد اختلف الفقه والقضاء في شأن حماية مالك العمق لباطن أرضه في حالة امتداد جذور مغروسات جاره إلى باطن أرضه فذهب القضاء المصري والفقه في مصر إلى عدم جواز قطع مالك العمق لجذور مغروسات جاره بنفسه ومباشرة بل عليه اللجوء للقضاء وهو الكفيل بمنع إعتدا الجار على عمقه بينما يذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى منح مالك العمق حق قطع جذور جاره مباشرة دون اللجوء للقضاء هذا ما نصت عليه المادة 673 مدني فرنسي في فقرتها الأولى والثانية ويعود هذا حسب الأستاذ السنهوري إلى رجحان الخطأ لأن مالك العمق قد يقطع جذور أغراس جاره الممتدة في عمقه دون علم بمناسبة حفره لأرضه فأراد المشرع الفرنسي أن يجنب الجار المسؤولية دون أن يكلفه بإثبات عدم علمه.[1]

وملكية صاحب الأرض للعمق ليست مطلقة فهي مفيدة بنص الفقرة الثانية من المادة 675 قانون مدني وقيدها هو الحد المقيد في التمتع بملكه عمقا فلا يجوز له أن يعترض على أي عمل على مسافات ساحقة في العمق لا تلحق ضررا به فلا يجوز له منع مرور أنابيب الغاز والماء تحت سطح الأرض على مسافات لا تضر بمصلحته حسب المادة 7 من الأمر 59/69 الآنف ومرور هذه الأنابيب تحت الأرض لا يعد فصلا لملكية العمق على السطح وإنما هو عبر ارتفاق خوله المشرع للمصلحة العامة.[2]

وأهم قيد يرد على ملكية العمق ويفصلها عن ملكية السطح هو القيد الذي جاءت به المادة675 ق.م الفقرة الثالثة وتطبيقها هو القانون رقم 06/84 المتعلق بالأنشطة المنجمية فهذا القانون وحسب المادة 59 منه يجعل ملكية المواد المعدنية المتواجدة في أرض التراب الوطني كله بما في ذلك الإقليم البحري ملك للدولة ولا يمكن حتى للمالك القيام بأعمال البحث أوالإستغلال في أرضه لهذه المواد إلا بناء على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالمناجم أو الوالي المختص إقليميا حسب المادة 15 من قانون 06/84[3] كذلك الأمر رقم 08/67 المؤرخ في 1967/12/20 المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن الأثرية التاريخية وتعد المادة 15 من قانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 يتضمن الأملاك الوطنية أصلا في القيد الوارد على ملكية العمق حيث نصت هذه المادة على أن الثروات والموارد

---

[1] السنهوري : مرجع سابق، ص 575 وهامشها.

[2] أنظر عمر يحياوي : نظرية المال العام، نشر دار هومة ، 2002، الجزائر، ص 105 وما بعدها .

[3]

الطبيعية السطحية والجوفية المتمثلة في الموارد المائية بمختلف أنواعها، والمحروقات السائلة منها والغازية والثروات المعدنية الطاقوية والحديدية والمعادن الأخرى أو المنتوجات المستخرجة من المناجم والمحاجر والثروات البحرية وكذلك الثروات الغابية الواقعة في كامل المجالات البرية والبحرية من التراب الوطني في سطحه أو في جوفه أو في الجرف القارب والمناطق البحرية الخاضعة للسيادة الجزائرية أو لسلطتها القضائية، تدخل كلها في الأملاك الوطنية العمومية الطبيعية.

أما فيما يتعلق بالكنز المدفون في عمق الأرض التابعة للخواص فقد خرج المشرع الجزائري على ما تبناه معظم المشرعين[1] حيث تجعل تشريعات الدول العربية في معظمها لمالك العمق نسبة من الكنز المكتشف في أرضه كما فعل المشرع اللبناني في المادة 237 من قانون الملكية العقارية اللبناني حيث نصت هذه المادة على "...أن الكنز الذي يعثر عليه في الأرض تعود ثلاثة أخماسه لصاحب الأرض، وخمسة لمكتشفه، والخمس الباقي للخزينة العامة"

وذهب المشرع المصري أبعد من هذا في المادة 882 من القانون المدني المصري حيث نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على " الكنز المدفون أو المخبئ الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته"

بينما التشريع الجزائري المدني لم يتعرض للكنز وأحكامه المعثور عليه في نطاق الملكية العقارية الخاصة والوحيد الذي عرف الكنز[2] هو القانون رقم 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية السالفة الذكر أين عرف الكنز في مادته 57 بقوله " يعتبر كنزا، كل شيء أو قيمة مخفية أو مدفونة تم اكتشافها أو العثور عليها يخص الصدقة، ولا يمكن لأحد أن يثبت عليها ملكيته" وخرج المشرع الجزائري عما أثبتناه في التشريعات العربية بشأن ملكية الكنز حيث جعلت المادة 58 من نفس القانون ملكية الكنز المكتشف في نطاق الملكية الخاصة ملكا للدولة بنصها في الفقرة الثالثة أن كل ما يكتشف خلال الحفريات أو يعثر عليه مصادفة يكون ملك للدولة – مهما تكن طبيعة العقار القانونية التي اكتشفت فيه أما القانون الفرنسي فهو يقضي بتقسيم الكنز بين المكتشف وصاحب الأرض مناصفة مع اشتراط أن يكون العثور على الكنز صدفة دون نية سبق للبحث عنه.[3]

---

[1] محمد وحيد الدين سوار : الحقوق العينية الأصلية، نشر مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، ط1، 1994، ص24

[2] أنظر في تعريف الكنز وأحكامه وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الأصلية، نشر مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، ط1، 1994، ص23، وعرفه المشرع الفرنسي في المادة 716 من القانون المدني في قوله :
" toute chose cachée ou enfouie sur la quelle personne ne peut justifier sa propriété et qui est découverte par le pur effet du hasard"

[3] françois chabas –leçons de droit civil- biens 8e édition –montcherstien , paris, p313.

الفرع الثالث: الثمار والمنتجات والملحقات :

نصت المادة 676 ق.م على أن لمالك الشيء الحق في ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

ويستنتج من هذا أن الملكية لا تقتصر على الأرض ذاتها فقط وإنما تمتد إلى كل ما يلحق بها وما يتفرع عنها فتمتد الملكية بذلك إلى الملحقات، والثمار، والمنتجات .

أولا : الثمار [1] (fruits)

هي كل ما ينتجه العقار من غلة متجددة وتمتاز الثمار بخاصتين[2] هما أنها غلة دورية متجددة أي يجنيها صاحبها في أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع والخاصية الثانية أنها رغم كونها تنبثق وتتفرع وتتولد عن الشيء لكنها لا تمس بأصل الشيء (العقار) والثمار ثلاثة أنواع:

1-ثمار طبيعية وهي تلك المتولدة عن العقار بفعل الطبيعة ولا دخل للإنسان في انتاجها ولا تولدها من العقار بل تتفرع عن الشيء بفعل الطبيعة ومثلها الكلأ والأعشاب التي تنبت دون عمل الإنسان فكثيرا ما نلاحظ الأحراش والأشواك تملأ الأرض دون تدخل عمل الإنسان، ونلاحظ أن هذا النوع من الثمار لا ينتج سوى من الأرض الفضاء فلا يمكن للعقار المبني أن تكون ثمارا طبيعية.

2-الثمار الصناعية (المستحدثة) وهي التي تتولد من العقار بفعل الإنسان ومثالها المزروعات وبساتين الفواكه [3] وكل ما تنتجه الأرض من غلات بتدخل الإنسان زرعا وجنيا لها. ونلاحظ كذلك أن هذا النوع من الثمار تتفرد به الأرض الفضاء (الزراعية) دون العقار المبني .

3-الثمار المدنية: وهي الريع والعائد الدوري [4] المتجدد الذي يقبضه المالك من استثماره لعقاره فالثمار المدنية هي ما يقبضه المالك من غيره نظير منح بعض سلطاته لهذه الغير فالدخل النقدي الذي يقبضه مالك البناء مقابل منحه حق السكن لغيره يعد ثمارا مدنية والعائد النقدي الذي يحوزه مالك الأرض جراء تخويله غيره حق الإنتفاع بهذه الأرض يعتبر ثمار مدنية ونلاحظ في هذا النوع من الثمار أنها مشتركة بين العقار الفضاء والعقار المبني وكما أن الأرض الزراعية لها ثمار مدنية هي الريع والدخل النقدي العائد على صاحبها بمناسبة كرائه أرضه لغيره يزرعها ويجني ثمارها الصناعية كذلك العقار المبني له ثمارا مدنية هي العائد النقدي كأجرة كراء المنزل وثمن الإقامة في النزل ومقابل العبور على الجسور والطرق السيارة إذا أعدت لهذا الغرض واستثمرت من الخواص وهذا عاما في

---

[1] انظر هامش ص24 من مذكرتنا هذه .

[2] السنهوري: مرجع سابق، ص 588، رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 27.

[3] السنهوري: مرجع سابق، ص588.

[4] رمضان ابو السعود : مرجع سابق، ص 28.

أوروبا عكس الحال عندنا حيث لا تستثمر الدولة في مجال الطرق أو طرق المواصلات ولا الجسور الموصلة، اللهم الضريبة المفروضة على مالكي العربات كل سنة أو كل ستة أشهر.

ثانيا : المنتجات (produits)

هي كل ما يخرج من العقار من ثمارات غير متجددة [1] فالمنتجات تختلف عن الثمار في كونها غير متجددة واستهلاكها يمس بأصل العقار فإذا كان العقار أرضا تؤخذ منها المعادن فهذه المعادن ثمار غير متجددة وتمس بأصل الشيء كذلك شواطئ البحار التي تؤخذ منها الرمال تعتبر رمالها منتجات لأنها غير متجددة وتمس بأصل الشيء والغابات عقار بطبيعته لأن أشجارها متصلة بالأرض وقطع أشجارها يعد منتجات لأنه يمس بأصل الغابة ذاتها كذلك المناجم والمحاجر ما يستخرج منها يعتبر منتجات لأنه يمس بأصل العقار لكن إذا أعد العقار غابة كان أو منجم أو محاجر إعدادا خاصا بحيث يصبح مالكه يجني منتجاته بطريقة دورية منتظمة كأن تخصص الغابة لجني مادة الخشب وتعد إعداد يسمح بتجدد أشجارها دوريا لغرس المتواصل للأشجار فإن منتجاتها من خشب تتحول إلى ثمار ولا تبقى منتوجات كذلك المناجم والمحاجر إذا أعدت إعدادا خاصا تحولت منتوجاتها إلى ثمار رغم أنها تمس بأصل العقار وجوهره.[2]

ونلاحظ كذلك أن العقار المبني ليس له منتوجات بالمفهوم الأول بل لا يتولد عنه سوى الثمار المدنية.

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، ص588.

[2] أنظر ص 25 من هذه الرسالة ، وانظر السنهوري: مرجع سابق، ص589.

ثالثا: الملحقات (accessoires)

هي الأشياء المعدة بصفة دائمة أن تكون تابعة للأصل فإذا كانت معدة بصفة مؤقتـــة لا تعتبـــر من الملحقات[1] وهي أشياء مستقلة عن اصل الشيء وغير متولدة عنه كتولد الثمار والمنتجـــات وقـــد ورد نص في التقنين المدني الجزائري بذكر ملحقات الشيء وهو نص المادة 887 المتعلقـــة بـــالرهن الرسمي التي تقضى بأنه " يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا ويشمل بوجه خاص حقوق الإرتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشـــاءات التـــي تعـــود بالمنفعـــة علـــى المالك....".

فالملحقات إذن هي ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقا لما تقضي بـــه طبيعـــة الأشـــياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين [2] فإذا كان الشيء عقارا فإن ملحقاته هي كل الإرتفاقات الخاصة بـــه وكذلك الأشياء المعتبرة عقارا بالتخصيص كالمحراث والجرار وحضائر المواشـــي بالنســـبة للعقـــار الفضاء وكالأبواب والنوافذ والشبابيك ووسائل الإنارة وما تتطلبها الحياة بالنسبة للعقار المبني .

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، ص587.

[2] قد يتفق المتعاقدين على أن ملكية الشيء تنفصل عن ملكية ملحقاته

المبحث الثاني: الشروط القانونية المستوجبة في انتقال الملكية العقارية الخاصة

إن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات ميز العقار بعدة ميزات فهناك حقوق لا ترد إلا على عقار كحق الارتفاق المادة 867 قانون مدني وحق الرهن التأميني المادة 882 قانون مدني وحق التخصيص المادة 937 و940 من القانون المدني، كما ميزه في مجال الاختصاص القضائي بجعل الدعاوى العقارية لا ترفع إلا أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المادة 08 قانون الإجراءات المدنية كذلك ميزه في مجال تنازع القوانين بعقد الاختصاص القضائي والقانوني إلى قانون الدولة التي يوجد بها العقار المادة 17 من القانون المدني المعدل بالقانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يونيو 2005...

غير أن أهم ما تميز به العقار أن أوجب المشرع في عملية انتقاله تكامل وتظافر مجموعة مراحل بدءا بتوفيقه إلى تسجيله فعملية شهره.

فزيادة على الأركان العامة التي يلزمها القانون حتى يكون التصرف صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية وهي: الإرادة، والمحل، والسبب[1] فرض المشرع على كل عقد أو تصرف وارد على عقار ركنا رابعا هو الشكلية.

ولسنا بصدد دراسة أركان العقد العامة من إرادة ومحل وسبب بل نتناول مباشرة ما تميز به العقار أو العقود والتصرفات الواردة على عقار من أركان وشروط زيادة عن الأركان العامة وهي ركن الشكلية الذي نتناوله في المطلب الأول تحت عنوان التوثيق ثم الإجراء الذي يتطلبه التصرف الوارد على العقار حيث أوجب القانون تسجيل مثل هذه العقود والتصرفات وهذا ما نتطرق له في المطلب الثاني أما المطلب الثالث نعرض فيه إجراء الشهر العقاري.

---

(1) الإرادة: المقصود بها أن العقد لا ينعقد إلا بتوافر رضى الطرفين حيث يتبادل كل طرف فيه قبوله مع الطرف الآخر وإذا كنا بصدد تصرف صادر من طرف واحد كالوصية أو الوعد بجائزة فالإرادة هنا تصدر من شخص واحد هو إما الموصى في الوصية والواعد في الوعد بجائزة وحتى يكون العقد أو التصرف صحيحا يجب أن تكون الإرادة كذلك بتوافر جميع شروطها من أهلية وسلامتها من عيوب الإرادة. أنظر في ذلك خليل أحمد حسن قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، وما بعدها نشر ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 33.

- المحل: هو الموضوع أو ما توافقت إرادة المتعاقدين عليه وهو الأداء الذي يلتزم به المدين في مواجهة الدائن مثل نقل حق عيني... .
- السبب: هو الباعث والدافع إلى إبرام التصرف أو الغاية التي يقصدها الملتزم من التزامه من شروطه أن يكون موجودا صحيحا ومشروعا.

المطلب الأول: توثيق العقود والتصرفات الواردة على العقار

أسلفنا الذكر أن التصرفات والعقود الواردة على العقار أضاف لها القانون وجوبا ركنا آخر هو الشكلية وجعل وسيلة ذلك العقد الرسمي المبرم أمام الموثق فكل العقود والتصرفات الواردة على العقار يجب أن تصب وتصاغ في شكل رسمي[1].

حيث تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني على: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها... عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي... ".

والشكل الرسمي هو العقد الرسمي المبرم أمام الموثق وتعرف المادة 324 قانون مدني العقد الرسمي بقولها " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه ".

ويتبين من نص المادة أنه يشترط في العقد الرسمي الآتي[2]:

أ- 1- أن يقوم بتحريره موظف عام.

---

[1] حسب الأستاذ إبراهيم سعد والأستاذ همام محمود زهران في كتابهما أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، نشر دار الجامعة الجديدة سنة 2001، ص 119. يجب التمييز بين التصرف وأداة إثباته وعدم الخلط بينهما فالتصرف القانوني شيء وأداة إثباته شيء آخر فنقول محرر رسمي أو عرفي بدلا من عقد رسمي لأن لفظة عقد تطلق على التصرف القانوني باعتباره مصدرا للحق... .

[2] السنهوري: (نظرية الالتزام بوجه عام)، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 114. ونبيل إبراهيم سعد وهمام محمود زهران: أصول للإثبات في المواد المدنية والتجارية، نشر دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2001، ص 197.

والموظف العام شخص تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين مثل مدير أملاك الدولة[1].

2- أو ضابط عمومي مثاله الموثق، والمحضر القضائي، والمترجم.

حيث جعلت المادة 05 من قانون رقم 27/88[2] الصادر بتاريخ 22 يوليو (جوان) سنة 1988 الخاص بمهنة التوثيق وتنظيمها، جعلت من الموثق ضابطا عموميا بنصها على " يعد الموثق ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية... ".

ب- أن يكون هذا الشخص المحرر للعقد الرسمي مختصا قانونا وقد خولت المادة 03 من قانون رقم 02/06 الخاص بمهنة التوثيق الموثق بهذه المهمة بنصها على " الموثق ضابط عمومي... يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية وكذا العقود التي يود الأطراف إعطاءها هذه الصبغة ".

ونشير أن الموثق أصبح اختصاصه المكاني كل التراب الوطني بنص المادة 02 من قانون التوثيق 02/06 التي نصت على التالي " تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق، تسري عليها أحكام هذا القانون وأحكام التشريع المعمول به، ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني يحدد عددها عن طريق التنظيم ".

ج- أن يرعى في تحرير العقد ما أوجبه القانون من حيث الشكل والموضوع بمعنى أن تحريره وفقا للإجراءات الشكلية التي قررها المشرع وحسب ما تقتضيه القوانين المنظمة لموضوع العقد فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فقد العقد طابعه الرسمي.

ونستخلص من كل ما سبق أن المشرع فرض في العقود الواردة على العقارات من حيث توثيقها أمران الأول أن يكون في شكل رسمي والثاني أن يحرره شخص مؤهل قانونا وهو الموثق، لأن الإجراءات المتطلبة قانونا متضمنة في الشكل الرسمي للعقد.

---

(1) أنظر حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، ص 170.

(2) ألغي هذا القانون بموجب المادة 71 من القانون رقم 02/06 مؤرخ في 2006/02/20 يتضمن تنظيم مهنة الموثق وقد حلت المادة 03 منه محل المادة 05 من القانون 27/88 بزيادة عبارة مفوض من قبل السلطة العمومية.

الفرع الأول: الشكل الرسمي للعقد الوارد على عقار

الأصل في العقود أنها رضائية احتراما وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة[1] إلا أن المشرع الجزائري وبالنظر إلى أهمية محل العقد (عقار) وإرادته في استقرار المعاملات فيه أخضع العقود المتعلقة بنقل ملكية الحقوق العينية الخاصة بالعقار ومنذ تاريخ 1971/01/01[2] إلى تحريرها من طرف الموثق تحت طائلة البطلان بموجب الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 الملغى بالقانون رقم 88/27 المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن لمهنة التوثيق الملغى بدوره بقانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق ثم تأكدت شكلية العقود الواردة على عقار بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03 المعدل والمتمم للقانون المدني بموجب المادة 324 مكرر 1 السالفة الذكر والشكل الرسمي هو العقد الرسمي إذ كلمة الشكلية تعني إفراغ وترجمة الإرادة سواء بين طرفين أو من طرف واحد في مدونة أو ورقة أو سند يصدره ويحرره موظف عام أو ضابط عمومي أو شخصي مكلف بخدمة عامة وقد حددت المادة 26 من قانون التوثيق رقم 02/06 شروط وكيفية وشكل العقد الرسمي[1] حيث فرضت المادة أن تحرر باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءاته وبدون اختصار ودون كتابة بين الأسطر وأوجبت المادة كتابة المبالغ المالية والسنة والشهر المبرم فيه العقد ويوم توقيعه بالأحرف أما التواريخ الأخرى فتكتب بالأرقام ويصادق على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات كما يصادق على عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف من قبل كل من الأطراف والشهود والموثق.

ويتضمن العقد التوثيقي كذلك وجوبا حسب المادة 29 من قانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق:

1- اسم ولقب الموثق الذي حرره مع ذكر مكان ومقر إقامته.

---

[1] يعني مبدأ سلطان الإرادة أن هذه الأخيرة هي السيدة في مجال التصرفات القانونية فهي التي تنشئ التصرف وهي التي تحدد آثاره ولا يكون الفرد ملزما بشيء إلا إذا ارتضاه وقبله مختار فيتحول الاتفاق بين الأطراف إلى قانون بالنسبة للمتعاقدين وهذا ما يفهم من عبارة العقد شريعة المتعاقدين في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري. أنظر لبنى مختار: وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، نشر ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1984.

[2] بدأ العمل بالأمر رقم 91/70 ابتداء من تاريخ 1971/01/01 إعمالا لنص المادة 53 منه التي نصت على " يسري مفعول هذا الأمر ابتداء من أول يناير وصاغ صراحة النصوص في وجوب توثيق العقود الواردة على عقار ظلت المحكمة العليا متجاهلة لهذه النصوص ومؤكدة على صحة العقود العرفية في هذا المجال إلى أن صدر قرار الغرف المجتمعة برقم 136/156 بتاريخ 1997/02/18 حيث اشترطت الرسمية في العقود الواردة على العقارات ".

[1] المقصود العقد الرسمي الوارد على عقارات خاصة (ملك خاص للأفراد).

2- اسم ولقب أطراف العقد وصفاتهم ومحل إقامتهم وتواريخ ميلادهم ومكـــان الميلاد والتأكد من أنهم ذوو أهلية حسب المادة 40 من القانون المدني مـــع مراعاة أحكام المادة 78[2] مدني.

3- اسم ولقب ومسكن الشهود وأرقام بطاقاتهم الشخصية.

4- اسم ولقب ومحل إقامة المترجم إذا كان العقد مترجم إن اقتضى الأمر ذلك.

5- ذكر المحل والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه العقد.

6- وإن كان أحد أطراف العقد وكيلا عن غيره يجب ذكر ذلك ورقم الوكالـــة المصادق عليها وتاريخ التصديق عليها من طرف الموكلين مـــع مراعـــاة نص المادة 572 من القانون المدني.

7- ويمكن كتابة الإحالات في الهامش كما سبق ذكره أو فـــي أســـفل الورقـــة ويوقعها الأطراف أو الطرف الوحيد إن كان التصرف صادر من طـــرف واحد كالوصية وكذلك يوقع الشهود.

كما نصت المادة 27 من نفس القانون بعدم جواز الآتي:

1- التحرير والكتابة بين السطور.

2- إضافة الكلمات تعتبر باطلة بين الكلمة والكلمة في السطر الواحد.

أما الكلمات المشطوبة فيذكر عددها ويصادق عليها في آخر الورقة ومن خلال نص المادة 26 و27 من قانون التوثيق رقم 02/06 يتضح أن المشرع الجزائري فرض شكلا معينا للعقـــد التـــوثيقي وأوجب أن تذكر فيه بيانات ومعلومات عن أطراف العقد والضابط العمومي المحرر لهذا العقد.

والجدير بالذكر أن العقود الرسمية يمكن أن تقسم إلى الأنواع الأربعة التالية[1]:

1- العقود التوثيقية: وهي التي يحررها موثق مثالها عقد البيع، الهبة... .

2- العقود الإدارية: وهي العقود التي يقوم بتحريرها الموظف العام أو الشـــخص المكلف بخدمة عامة مثالها قرارات التخصيص ورخص الامتياز.

---

[2] المادة 78 من القانون المدني الجزائري " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون ".

[1] عبد الحفيظ بن عبيدة: إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، نشر دار هومه، الجزائر، 2003، ص 57.

3- العقود القضائية: ويصدرها القضاء مثالها الحكم بتثبيت الوعد بالبيع وأحكام المزاد العلني.

4- العقود التشريعية: وتتعلق عادة بالشركات الدولية وتصدرها الحكومات مثالها العقود المتعلقة بالتنقيب عن المحروقات.

وما يهمنا من كل هذه العقود هو النوع الأول العقد التوثيقي إذ أننا بصدد دراسة انتقال الملكية العقارية الخاصة، وقد وكل القانون 02/06 الخاص بالتوثيق الموثق للقيام بهذه المهمة إذ زيادة على صفة الضابط العمومي التي أضفها القانون المذكور آنفا على الموثق خول له كذلك جزء من صلاحيات السلطة العمومية وهي تحرير العقود الرسمية وإضفاء الشرعية على المعاملات[1].

فالعقود التي يحررها الموثق عقود رسمية فرض المشرع أن تحتوي كل البيانات السابقة بالإضافة إلى ما ذكرته المادة 324 من القانون المدني حيث يثبت الموثق في العقد التوثيقي ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن.

وإثبات ما تم لديه يكون بإثبات جميع الوقائع التي تمت وحدثت تحت نظره وبحضوره فيثبت حضور ذوي الشأن وما قام به كل طرف أمامه بخصوص التصرف الذي يريد توثيقه كما يذكر حضور الشهود أمامه بكل المعلومات المستوجبة بنص المادة 26 و27 من قانون التوثيق.

أما إثبات ما تلقاه فيذكر في المحرر أقوال وبينات وتقريرات صدرت من ذوي الشأن في شأن التصرف القانوني الذي تشهد به الورقة أو المحرر أي بذكر كل ما وقع تحت سمعه[2] وما سمعه من ذوي الشأن والخلاصة أنه يثبت في العقد كل ما وقع تحت سمعه وبصره أي وقع في حضوره وحسب الأستاذ السنهوري[3] تختلف حجية الأحداث والوقائع التي وقعت تحت سمعه وبصره (في حضوره) عن حجية ما تلقاه من الأطراف حيث تكون حجية ما تم لديه وتحت سمعه وبصره مطلقة لأن هذه الأمور حدثت أمام الموثق وسمعها مباشرة من الأطراف أو رآها فيكون بذلك شاهدا عليها وتستمد هذه الأخيرة حجيتها المطلقة من صفة الموثق ذاته كونه ضابط عمومي خولته السلطة العام أحد مهامها (إصدار العقود الرسمية)، أما الصنف الثاني من الأحداث والوقائع فهو ما تلقاه من ذوي الشأن حيث تروى له ويتلقها سماعا فقط دون أن يكون قد شهدها أو حضرها كأن يروي له الأطراف أحداثا ما متعلقة بالتصرف القانوني الذي هو بصدد تحرير عقد موثق بشأنه مثاله أن يذكر الأطراف التزامات

---

[1] الأستاذ. دحمان صبايحية عبد القادر رئيس الغرفة الجهوية للوسط: موضوع بعنوان مهنة التوثيق بين إرث الماضي والتطلع إلى المستقبل، مجلة الموثق، العدد الأول، نوفمبر 1997.

[2] السنهوري: الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 115.

[3] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

معينة اتفقوا عليها مسبقا أو يذكر أحد الأطراف أنه باع قطعة أرض في مكان كذا بمساحة كذا وحدود كذا وكذا فيتلقاها الموثق من أفواه الأطراف ويثبتها في العقد وتكون حجيتها أقل درجة مما تم لديه لأنه لم يشهدها، فما تم لديه إذا تكون حجيته مطلقة إلى أن يطعن فيه بالتزوير، أما ما تلقاه فيجوز دحضه بإثبات العكس[1].

وفي الأخير نقول إن الشكل الرسمي للعقود الواردة على عقار هو أن يفرغ هذا التصرف في ورقة رسمية يحررها شخص مؤهل قانونا لذلك حيث يضع عليها ختمه وتتضمن وجوبا بيانات ومعلومات حددها القانون[2].

الفرع الثاني: وجوب تحرير العقد الرسمي من طرف شخص مؤهل قانونا

نصت المادة 324 مكرر1 على وجوب تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية في شكل رسمي ونصت المادة 324 من نفس القانون (القانون المدني) على أن العقد الرسمي أو الشكل الرسمي هو العقد الذي يثبت فيه أي يحرره موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عام وقد بينا سابقا أن قانون التوثيق رقم 02/06 أضفى على الموثق صفة الضابط العمومي وخوله تحرير العقود التي فرض فيها المشرع الشكلية وحدد القانون صيغتها الرسمية، ومنه يكون الموثق هو الشخص المؤهل قانونا لتحرير العقود الرسمية التي تتضمن نقل الملكية العقارية الخاصة.

فالموثق كما عرفته المادة 03 من قانون التوثيق 02/06، ضابط عمومي مخول قانونا لإثبات إرادة الأشخاص بناء على طلبهم وعلى نفقتهم في محرر رسمي له شكل محدد قانونا، فعمل الموثق يغلب عليه الطابع القانوني فإنجازه لمهامه لا يكون بناء على تعليمات يتلقاها من سلطة تعلوه سلميا وإنما يكون خاضعا في إنجازه لمهامه لأحكام القانون[3] ومهمته بذلك تشبه مهمة القضاء لأجل هذا صنف الموثق من الناحية الهيكلية في إطار المنظومة القضائية كعون قضائي[1] (Auxiliaire de justice) ونظام الموثق (Notariat) نظام فرنسي محض بدليل أننا لا نجد نفس المصطلح يعبر به للدلالة على المكلف بتحرير العقود في الدول التي لم تحتلها فرنسا ولم يتمكن منها النظام القانوني الفرنسي وقد طبق نظام الموثق في فرنسا منذ صدور قانون 1803/03/16 وكان آنذاك يعطي للموثق

---

[1] السنهوري: الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 115.

[2] سنلاحظ أن المرسوم 76-63 المعدل والمتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري فرض شروط أخرى في العقد المعد للأشهر وهو طبعا عقد موثق وذلك في المطالب المقبلة عند حديثنا عن الشهر كذلك أضاف قانون المالية لسنة 2005 شرط الاعتماد على شهادات الميلاد الأصلية.

[3] بورويس زيدان – موثق – محاضرة ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي المنظم بولاية سكيكدة من طرف الغرفة الوطنية للموثقين ناحية الشرق بتاريخ 2001/05/29 بعنوان دور مكاتب التوثيق في تنظيم المعاملات العقارية.

[1] مرشد التعامل مع القضاء منشور في مارس سنة 1997.

صفة الموظف إلى أن تم تعديله بالقانون المؤرخ في 1945/11/02 أين أسقط عنه صفة الموظف وأحل محلها صفة الضابط العمومي وقد سبق الإسلام إلى ذلك حيث أمر الله تعالى المؤمنين بالكتابة في معاملاتهم في الآيتين الكريمتين من سورة البقرة في قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه، و ليكتب بينكم كاتب بالعدل، ولا يأب كاتب أن يكتب، كما علمه الله فليكتب... "[2].

فهاتان الآيتان من كتاب الله تعالى هما دستور التوثيق في المعاملات بصورة عامة، إذ أمر الله تعالى المؤمنين بالكتابة في معاملاتهم بقوله (فاكتبوه) وأشار بأن يتولى الكتابة بين الأطراف كاتب بقوله سبحانه (وليكتب بينكم كاتب بالعدل) ومقتضى العدل أن يكون الكاتب أمينا ملما بجميع ما يتعلق بكتابة المعاملات ومن تمام الأمانة أن لا يكتب حقا لمن ليس له ولا ينقص حقلا ثابتا وتكرار الأمر بالكتابة في قوله سبحانه (فليكتب) دليل على أهمية المأمور به وفيه كذلك حض للمؤمنين بان يكونوا حريصين على كتابة معاملاتهم وتوثيقها ويرشدهم سبحانه بقوله (وليكتب بينكم كاتب) إلى ضرورة أن يكون بينهم من يقوم بعملية التوثيق[3].

لأن الأمر بالكتابة للوجوب في هذه الآية ودليل ذلك تكرار الأمر بالكتابة بأساليب متنوعة وعدم إعفاء حتى السفيه والضعيف، ومن لا يستطيع الإملاء فيقوم وليه بذلك والتحذير من السأم والملل من الكتابة حتى ولو كان الدين قليلا في قوله تعالى (... ولا تسأموا أن تكتبوه صغير أو كبيرا إلى أجله...).

وقوله تعالى: (... فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل...).

كل هذا يعتبر قرينة على أن الأمر بالكتابة للوجوب وقد ذهب إلى هذا مجموعة من السلف وهم الضحاك وابن جريج والربيع والنخعي[1] واختاره كذلك الطبري في كتابه الجامع لأحكام القرآن[2] وجاء في كتاب التنبيه والإشراف للمسعودي أن عبد الله بن الأرقم بن عبد يغوث الزهري والعلاء بن عقبة كانا يكتبان بين الناس المداينات وسائر العقود والمعاملات[3] كما ذكر القلقشندي في كتابه صبح

---

(2) سورة البقرة: الآية 282 و283.

(3) جمعة محمود الزريفي: نظام الشهر العقارب في الشريعة الإسلامية، منشورات دار الأفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1988، ص 55.

(1) جمعة محمود الزريفي: مرجع سابق، ص 56.

(2) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، سنة 1988، ص 248

(3) نقلا عن كتاب نظام الشهر العقاري لجمعة محمود الزريفي، ص 61.

الأعشى في صناعة الإنشاء، أن المغيرة بن شعبة والحصين بن نمير كانا يكتبان المداينات والمعاملات للرسول صلى الله عليه وسلم.

إذن فالتوثيق نظام عرفه الإسلام قبل الغرب لأنه من عند الله تعالى[4] وما كان ربك نسيا... وما الحضارة الغربية إلا نتاج للحضارة الإسلامية[5] التي يغط أهلها اليوم في نوم عميق غثائية كغثاء السيل.

إذن أسلفنا التقديم أن العقد الرسمي حتى يكون صحيحا ورسميا لابد أن يصدر عن موظف أو ضابط عمومي وأسلفنا أن الموثق ضابط عمومي بنص القانون ويفترض حتى يحضى الموثق بهذه الصفة ويكون أهلا لممارسة مهنة التوثيق توفر شرطين أساسيين هما 1- الاختصاص الموضوعي، 2- والاختصاص المكاني.

أولا- الاختصاص الموضوعي:

لقد منحت المادة 03 من قانون التوثيق رقم 02/06 الاختصاص الموضوعي للموثق في تحريره العقود التي يحدد القانون صبغتها الرسمية وكذلك العقود التي يود الأطراف إعطاءها الصيغة الرسمية لكن قبل هذا يجب أن يرعى كون الموثق مختصا وقت تحريره العقد لأنه لا يستطيع مباشرة مهامه في تحرير العقود الرسمية إلا بعد حصوله على قرار التعيين وتأديته اليمين المنصوص عليها في المادة 08[1] من قانون التوثيق أمام المجلس القضائي لمحل إقامته المهنية بعد أن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 06[2] من قانون التوثيق وكذلك إيداعه لتوقيعه بكتابة ضبط المحكمة حسب المادة 38 من قانون التوثيق.

وإذا ما عزل الموثق أو تم توقيفه عن تأدية مهامه لأي سبب من الأسباب حسب المادة 35 من قانون التوثيق تتحول العقود التي حررها في مدة توقيفه إلى عقود عرفية لا ترقى لمرتبة العقود الرسمية كأنما حررها الأطراف وحدهم ولا يعتد بختم الموثق لأن العقد في هذه الحالة مختوم بختم

---

(4) المقصود الإسلام في قوله تعالى: " إن الدين عند الله الإسلام ".

(5) أنظر كتاب ماذا خسر العالم بانحطاط المسلمين لأبي الحسن علي الحسنين الندوي، نشر مكتبة رحاب، الطبعة العاشرة، 1987.

(1) المادة 08 من قانون 02/06 الخاص بالتوثيق " يؤدي الموثق قبل الشروع في ممارسة مهنته أمام المجلس القضائي لمحل إقامته المهنية اليمين التالية: " أقسم بالله الذي لا إله إلا هو أن أقوم بعملي أحسن قيام، وأتعهد أن أخلص في تأدية وظيفتي وأكتم سر المهنة وأسلك في كل الأمور سلوك الموثق الشريف " ".

(2) أضافت المادة 05 من قانون التوثيق شرط الحصول على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق لم تدخل حيز التنفيذ بعد.

شخص لا ولاية له في مثل هذه العقود[3] إلا أنه يجب التفرقة بين ما إذا كان الموثق عالما بـالعزل أو التوقيف أو لم يكن عالما بهما ففي حالة علمه يكون سيئ النية ويبطل العقد الذي يحرره حينها أما لو لم يكن عالما بالتوثيق أو العزل وكان الأطراف المتعاقدين حسني النية وليس لهم علم بحالة الموثق نشأ العقد صحيحا وذلك إعمالا لمبدأ حماية الوضع الظاهر، حتى تستقر المعاملات في المجتمع.

ونشير كذلك أن المادة 19 من قانون التوثيق منعت على الموثق تحرير أي عقد تكون له فيه مصلحة شخصية أو يتضمن تدابير لفائدته أو يكون فيه وكيلا أو متصرفا أو أية صفة أخرى أو تربطه بأطراف العقد صلة معينة من قرابة أو مصاهرة أو نسب حتى الدرجة الرابعة وحتى قرابة الحواشي من أعمام وأبناء الأخ والأخت، كما منعت المادة 20 من نفس القانون على أقارب وأصهار الموثق وحتى المستخدمين الذين هم تحت سلطته، أن يكون شهودا في العقد الذي يحرره ولهم أن يكون شهود إثبات[1] فقط وكل هذا دفعا لمظنة المحاباة لأن الموثق قد يميل إلى جهة قرابته أو قد يرجح مصلحته الخاصة في طيات العقود التي يحررها وحتى يتجنب كل هذا ويربأ بالموثق عن مثل هذه التصرفات وحتى تبقى للموثق أمانته وثقة المجتمع فيه منعه القانون من أن يكون طرفا في العقد الذي يحرره أو يكون وكيلا فيه لا بنفسه ولا بشخص ينوب عنه وبوجه عام لا يجوز أن تكون للموثق مصلحة شخصية[2] في العقود التي يحررها سواء كانت هذه المصلحة مباشرة أو غير مباشرة كما لا يجوز له توثيق عقود لأحد أقاربه أو أصهاره على النحو الذي قدمناه.

ثانيا - الاختصاص المكاني:

كان للموثق في ظل الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق اختصاص إقليمي يتحدد بدائرة اختصاص المحكمة التي يباشر فيها عمله[3] إلا أن القانون رقم 27/88 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق نص صراحة على أن اختصاص مكتب التوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطني، حيث جاء في المادة 02 منه ما يلي: " تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق، تسري عليها أحكام هذا القانون وأحكام التشريع المعمول به ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني

---

[3] أنظر السنهوري: مرجع سابق، ص 122-123، كذلك نبيل إبراهيم سعد وهمام محمود الزهران: مرجع سابق، ص 199.

[1] شهود الإثبات أو شهود التعريف Les témoins certificateurs هم شهود يضمنون هوية المتعاقدين وحضورهم في العقد ليس واجبا إلا إذا كان الموثق يجهل هوية أطراف العقد، أنظر حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 109.

[2] يستثنى من هذا أتعاب الموثق نظير خدماته حسب المادة 41 من قانون التوثيق.

[3] أنظر حمدي باشا عمر: محررات شهر الحيازة، نشر دار هومه، الجزائر، سنة 2002، ص 50 هامش.

يحدد عددها عن طريق التنظيم " وهو نفسه ما نصت عليه المادة 02 من قانون 02/06 السالف الذكر فالمادة عممت الاختصاص الإقليمي للموثق وأهلته لإبرام العقود في جميع أنحاء وولايات الوطن.

لكن الملاحظ على قانون التوثيق الجديد أنه أبقى على ارتباط الموثق بسلطة المجلس القضائي لمحل إقامته المهنية.

فحسب المادة 08 منه الموثق ملزم بأداء اليمين المهنية أمام المجلس القضائي لمحل إقامته المهنية.

كذلك المادة 37 من القانون الجديد أوجبت على الموثق إعداد فهارس للعقود التي يتلقاها بما في ذلك العقود التي لا يحتفظ بأصلها وترقم هذه الفهارس ويوقع عليها من قبل رئيس محكمة محل إقامة المكتب.

والمادة 38 فرضت على الموثق إيداع توقيعه وعلامته لدى كتابة الضبط لمحكمة محل إقامة المكتب والمجلس المعني وكذلك الغرفة الجهوية للموثقين.

أما المادة 33 من نفس القانون فأوجبت في حالة تغيب أو حدوث مانع للموثق يحول دون مباشرته لوظيفته وفي حالة إنابة زميل عنه لمباشرة هذه المهمة الحصول قبل ذلك على ترخيص من وكيل الجمهورية لدى محكمة إقامة المكتب[1].

كل هذه المواد دلت على ارتباط الموثق بمحكمة ومجلس مقر إقامة مكتبه وحسب المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الفقرة الثانية منها أن الدعاوى العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوى الإيجارات المتعلقة بالعقارات وإن تكن جارية ينعقد الاختصاص القضائي فيها للمحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها والسؤال هو لو حصل نزاع بخصوص عقار في ولاية عنابة مثلا وكان العقد الخاص بهذا العقار قد حرره موثق يقع مكتبه بمدينة وهران حسب نص المادة 02 من قانون التوثيق وأراد القاضي المنعقد له الاختصاص وهو قاضي محكمة موقع العقار عنابة التأكد من صحة العقد ومراقبة صحة توقيع الموثق الذي يمارس مهنته بمدينة وهران وحسب المادة 38 من قانون التوثيق أودع توقيعه لدى محكمة محل إقامة مكتبه وهران فكيف يتأت ذلك وكيف يوقع قاضي محكمة وهران على فهارس تضمنت عقود واردة على عقارات واقعة بعنابة، وما جدوى الحصول على ترخيص من وكيل الجمهورية لدى محكمة عنابة لو أراد إنابة زميل له موثق بقسنطينة وهل يحق له ذلك بمعنى هل إنابة زميل في حالة الضرورة بالنسبة للموثق مطلقة يمكن أن ينيب أي

---

[1] غير أن المادة 33 من قانون 02/06 استدركت على مادة قانون 27/88 بتحويل هذا الترخيص إذ يصدر من السيد وزير العدل حافظ الأختام ويكون التعيين من طرف الموثق نفسه أو تقترحه الغرفة الجهوية ويجب أن يكون من نفس دائرة الاختصاص.

زميل من أي موقع في الوطن أو يفرض عليه إنابة زميل من نفس الولاية أي خاضع لنفس سلطة المحكمة والمجلس كل هذه تساؤلات تطرح والنصوص القانونية الحالية ليست بها إجابة؟! ماعدا حالة الإنابة التي وضعت لها حل المادة 33 من قانون 02/06 لأجل ذلك نرى أن الأنسب تقليص اختصاص الموثق وجعله محدد اختصاص المجلس القضائي لمحل إقامة مكتبه ويتأكد هذا في العقود الواردة على عقار وقد نصت المادة (01) الأولى من المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 بسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على: "... يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية "[1].

كما نصت المادة 02 من نفس المرسوم على " يتجه المعنى مباشرة إلى الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا فيقدم له كل المعلومات اللازمة... ".

وذلك لأن خصوصية الإجراءات التي يتطلبها إعداد العقد من اتصال بالسلطات العمومية أمثال البلدية، أملاك الدولة لطلب رأي رئيس البلدية أو رأي مدير أملاك الدولة في المكان المتواجد به العقار بالإضافة إلى اعتراضات المواطنين التي تكون غالبا من مواطنين قاطنين بمكان موقع العقار كل هذه الاعتبارات تفرض تحديد الاختصاص الإقليمي للموثق[2] حتى يؤتي التوثيق ثماره وفوائده العظيمة في حياة المجتمع لأن الأفراد والجماعات محتاجون إليه إذ لا تخلو معاملاتهم اليومية من تصرفات تتطلب التوثيق فالبيع أو الهبة أو الوصية أو المبادلة دعت طبيعة العصر الحالي إلى توثيقها وغيرها من المعاملات لأن في التوثيق:

1- صيانة الأموال وحفظها من الضياع وقد قال الله تعالى في سورة النساء الآية 05: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيما " لا سيما والذمم اليوم كما ترى؟!.

2- وفي التوثيق كذلك، قطع المنازعات والارتياب ودحض الشك بين المتعاملين لأنه بوجود وثيقة مكتوبة تنتشر الأمانة والثقة في المعاملات وهذا يؤثر إيجابا على حياة المجتمع المالية والاقتصادية فالعقد شريعة

---

[1] نص المادة الكاملة هو: كل شخص يحوز في ترب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المذكور أعلاه، عقارا من نوع الملك حيازة مستمرة، غير منقطعة ولا متنازع عليها وعلانية وليست مشوبة بلبس، طبقا لأحكام الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون المدني يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية.

[2] حمدي باشا عمر: محررات شهر الحيازة، نشر دار هومه، الجزائر، 2002، ص 50.

المتعاقدين حسب المادة 106 قانون مدني وعند الاختلاف يرجع إلى بنـــود العقد الموثق الذي لا يستطيع إنكاره أحد كونه مطبوع بالرسمية.

الفرع الثالث: وظيفة التوثيق

مما لاشك فيه أن المشرع لما فرض التوثيق كان ذلك انطلاقا من وظيفة التوثيق القانونية فـــي حد ذاتها والتي تتجسد في النقاط التالية:

أولا: إتمام ركن من أركان العقود التي يوجب ويفرض المشرع أن تكون في شـــكل رســـمي، فالركن الرابع في العقود الشكلية إلى جانب الرضا والمحل والسبب هو الشكلية ولـــن يتـــأت ذلـــك إلا بتوثيق مثل هذه العقود وهذا ما دلت عليه المادة 324 مكرر 1 من القـــانون المـــدني كمـــا أن العقـــود المقدمة للشهر أوجبت المادة 61 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 يتعلق بتأســـيس السجل العقاري أن تكون في شكل رسمي[1] كما اشترطت المحكمة العليا في قرار لها أن العقد الرسمي يكون محررا أمام موثق محتوي على أصل الملكية مكرس لاتفاق الطرفين محدد للمحل تحديـــد نافيـــا للجهالة.

ثانيا: إثبات الحقوق إذ بواسطة التوثيق يستطيع الإنسان أو طرف العقد أن يثبـــت حقـــه أمـــام القضاء لأن التصرف المراد إثباته مكتوب في محرر بطريقة مستوفية للشروط اللازمـــة وقـــد كتبـــه شخص مكلف قانونا بذلك فيكون بذلك أدعى للإثبات وأقوى للحجة حيث تنص المـــادة 324 مكـــرر 5 من القانون المدني على " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبـــر نافـــذا فـــي كامل التراب الوطني ".

فالعقد الرسمي سند تنفيذي يعني الأطراف عن رفع دعوى صحة التعاقـــد باعتبـــاره عنوانـــا للحقيقة فيما ورد أمام الموثق[1] وهو بذلك حجة على الكافة حتى يثبت تزويره وهو نافـــذ فـــي كامـــل التراب الوطني.

ثالثا: تنبيه المتعاقدين إلى أهمية وخطورة التصرف المقبلان على إبرامه فإذا تبايع شخصان أو وهب أحدهم للآخر أو أوصى له أو اتفقا على أي عقد من العقود ولم يكن لهم علم بالأحكام والشـــروط القانونية والتبعات المترتبة في ذمة كل طرف والالتزامات الناشئة عن هذا التصرف فيتجهان للموثـــق

---

[1] هذا ما تبنته المحكمة العليا في قراراتها التالية: قرار رقم 467-68 مؤرخ في 1990/10/21 المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 01 الصفحة 84 والقرار رقم 840-113 مؤرخ في 1994/02/07 المجلة القضائية لسنة 1994 العدد 02 ص 158، والقرار رقم 656-103 مؤرخ في 1994/11/09 نشرة القضاة عدد 51 ص 67، كذلك القرار رقم 156-136 مؤرخ في 1997/02/18 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد 01 ص 10.

[1] نبيل إبراهيم سعد وهمام محمود الزهران: مرجع سابق، ص 205 وما بعدها.

الذي يقوم بإبرام العقد بينهما، فإنه لاشك سيحاول بيان الأحكام والشروط القانونية لهما ويوضح لهما الالتزام الذي يقع على عاتق كل طرف سواء واهب أو موهوب له بائع أم مشتري مما يجعله على بينة من أمره في إتمام هذا العقد أو الإحجام عنه، أنظر المادة 12 من قانون التوثيق رقم 02/06[2].

والخلاصة أن التوثيق شرع لمصلحة أطراف العقد وقد أوجبه المشرع في العقود والتصرفات الواردة على العقار لكون هذا الأخير يتميز بالديمومة[3] كما أن فيه قطع للمنازعات والشك والارتياب بين أطراف العقد لأن وجود وثيقة مكتوبة وسند محرر من شخص مؤهل قانونا يكون أدعى لفض النزاع وجزر كل غاوي عن غيه فلا تحدثه نفسه بالبغي والتعدي على الحقوق لأنها مسطرة ومكتوبة ومحفوظة في سندها وقد تبرز وتتجلى وظيفة التوثيق عند بروز عامل مضي المدة ووفاة الأطراف أو شهود العقد مما يجعل من السند التوثيقي طوق نجاة للحقوق بمضي الزمان ومثبت أمين للمراكز القانونية وصدق الله تعالى إذ قال: "... وذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا... "[4].

المطلب الثاني: تسجيل العقود الواردة على العقارات

استنادا إلى قانون التوثيق رقم 02/06 والذي خولت المادة 03 منه الموثق تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية أوجبت المادة 10 منه على الموثق تسجيل العقود التي حررها فنصت الفقرة الأولى منها على:

" يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا... ".

ألقت هذه المادة عبء التسجيل على عاتق الموثق كما نصت المادة 75 من قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/09 بموجب الأمر رقم 105/76 يتضمن قانون التسجيل (هذه المادة المعدلة بموجب المادة 116 من قانون المالية لسنة 1985 على: " لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم... ".

حيث يفهم من عبارة المادة الأولى " لا يمكن للموثقين أن يسجلوا " أن الموثق هو المكلف بتسجيل العقود التي حررت في مكتبه من طرفه وأنه هو الوحيد المسؤول عن ذلك وقد دلت نصوص أخرى في قانون التسجيل على ذلك منها نص المواد 58، 60، 64، 93 فبعد أن يحرر الموثق ورقة

---

[2] نص المادة 12 "... كما يعلم الموثق الأطراف بمدى التزاماتهم وحقوقهم وبين لهم الآثار والالتزامات التي يخضعون لها والاحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم ".

[3] أنظر الصفحة 11 من رسالتنا هذه.

[4] سورة البقرة: الآية 282.

العقد وفقا للشروط المتطلبة قانونا والسالفة الذكر في المطلب السابق يقوم وجوبا بتسجيل العقد[1] لـــدى مصلحة التسجيل والطابع على مستوى مديرية الضرائب[2] وذلك حتى تحصل الدولة رسوم التسجيل إذ أن للتسجيل وظيفة جبائية كما أن له وظيفة إثباتية ويجب إنجازه في آجال لا ينبغي تجاوزهـــا تحـــت طائلة العقوبة في حق الموثق.

الفرع الأول: الوظيفة الجبائية للتسجيل

يكمن الهدف الأساسي لتسجيل في تحصيل الدولة والجماعات المحلية للســيولة الماليــة التـــي تستعين بها على تغطية نفقاتها المختلفة على المجتمع فهي تفرض على الأشخاص تسديد مبالغ ثابتــة[1] لصالح خزينة الدولة بمناسبة معاملاتهم العقارية فمن باع عقارا أو وهبه أو استبدله... تفــرض عليـــه هذه الضريبة العقارية بمناسبة هذه المعاملة فالضريبة العقارية تعد أقدم الضرائب المباشرة وقد ظهـــرت في الجزائر منذ سنة 1918 بموجب قرار صدر بتاريخ 1918/06/21 تحت مســمى Décision des délégations[2] وبعد الاستقلال صدر قانون يؤطر الضرائب المباشرة والرسوم الجبائيـــة بموجـــب الأمر رقم 105/76[3] ولم يعد للضريبة هدفها الكلاسيكي القديم فقد تطور هدفها بتطور دور الســلطة حيث أصبحت الضريبة اليوم تستخدم كوسيلة لتوجيه السوق العقارية حيـــث تفـــرض علــــى المــــلاك ضرائب ثقيلة يدفعونها للخزينة العامة لأنهم ملاك[4] ويجب عليهم المساهمة في إثراء خزينة الدولـــة[5] وعلى العكس تخفض الضرائب في حق المشتري تحفيزا لمـــن أراد الاســـتثمار والبنـــاء علــــى تلـــك الأراضي وتماشيا مع هذه الأهداف جاء نص المادة 58 من الأمر 105/76 محتو على الآتي "يجـــب أن تسجل عقود الموثقين... "كما حثت المادة 93 من نفس الأمر على وجوب تسجيل العقود في آجالها المحددة قانونا وإلا عوقب الموثق بدفع غرامة مالية حيث جاء فيها "يتعين على الموثقين والمحضرين

---

[1] بورويس زيدان (موثق) مقال بعنوان: الطرف والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، مجلة الموثق، الجزائر، العدد 07 جوان وجويلية 2002، ص 38.

[2] أنظر الباب الرابع من قانون 105/76 تحت عنوان المصالح المختصة بتسجيل العقود ونقل الملكيات.

[1] نقصد بالثبات هنا الخاص بكل نوع من الأملاك العقارية وإلا فهناك رسم ثابت ورسم نسبي وتصاعدي.

[2] سماعين شامة: مرجع سابق، ص 144.

[3] كما صدرت عدة قوانين وأوامر منها: الأمر رقم 101/76 الصادر في 1976 متضمن قانون الضرائب المباشرة.

[4] يلزم قانون الضرائب الملاك العقاريين بالمشاركة في تمويل المشاريع ذات المنفعة العامة كشف الطرق وتحديث المدن وإصلاح الشوارع وهذا من ضرب التوازن الاجتماعي، إذ أن دور الضريبة اجتماعيا يكمن في خلق شعور بالعدالة بين طبقات المجتمع الواحد فقراءه وأغنياءه وهذا هو الأساس الروحي المفترض لأي نظام جبائي.

[5] تسمى هذه الضريبة بضريبة الامتلاك استحدثت بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1993 بموجب المرسوم التشريعي رقم 01/93 الصادر بتاريخ 19 يناير 1993 الجريدة الرسمية رقم 04 لسنة 1993.

الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة أن يدفعوا شخصيا غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة كما يلي... ".

كما جاء في المادة 40 من قانون التوثيق الجديد رقم 02/06 ما يلي " يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود ويدفع مباشرة لقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقا للتشريع المعمول به... ".

وتتجسد هذه المهمة المفروضة على الموثق من خلال هذه المادة بواسطة تسجيل العقود المحررة من طرفه، والجدير بالذكر أن نص المادة 02 من قانون التسجيل بينت أن العقود الخاضعة للتسجيل أنواع فمنها ما يخضع لرسم تسجيل ثابت ومنها ما يخضع لرسم تسجيل نسبي أو تصاعدي حيث جاء فيها " تكون رسوم التسجيل ثابتة أو نسبية أو تصاعدية تبعا لنوع العقود ونقل الملكية الخاضعة لهذه الرسوم... ".

فحقوق التسجيل والطابع يحصلها الموثق من أطراف العقد طبقا للنسب المحددة لكل نوع من العقود التي يحررها وتدعى هذه الطريقة في عالم الجباية بنظام الاقتطاع من المنبع[1] Retenue à la source وهي تشبه الضريبة الواجبة على دخل العمال حيث يستوجب على رب العمل اقتطاعها من رواتب العمال ويسددها لقابض الضرائب في آجال معينة[2] وهي طريقة فعالة في تحقيق موارد مضمونة للخزينة العمومية وغير مكلفة كونها لا تتطلب من إرادة الضرائب بدل مصاريف توظيف وتسيير وتسخير موظفين يتابعون تحصيل حقوق التسجيل حيث يكفيهم الموثق عناء ذلك وما دور مصلحة التسجيل إلا مراقبته في تحقيق هذه المهمة لأجل ذلك فرض على الموثق مسك سجلات محددة قانونا بل حددت حتى المعلومات التي تتضمنها إذ نصت المادة 154 من قانون التسجيل على " يمسك الموثقون وكتاب الضبط وأعوان التنفيذ التابعين لكتابات الضبط وكتاب الإدارات فهارس ذات أعمدة يكتبون فيها يوما بعد يوم دون ترك بياض ولا فصل بين السطور وحسب الأرقام ما يلي: بالنسبة للموثقين الذين يعملون لحسابهم الخاص جميع الوثائق والعقود التي يتلقونها في شكل نسخ أصلية أو براءات تحت طائلة غرامة مالية تقدر بـ 300 دج عن كل إغفال... ".

كذلك فعلت المواد من 155 إلى 162 أوجبت على الموثق مسك دفاتر وسجلات وفهارس يسجلون فيها معلومات محددة لا تهم مهنة الموثق بقدر ما تهم مصلحة التسجيل كل ذلك بهدف التحكم في عملية الرقابة على عدد وطبيعة العمليات والعقود التي يبرمها الموثق وهو ملزم حسب نفس

---

[1] بورويس زيدان: دور مكاتب التوثيق في تنظيم المعاملات العقارية، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي المنظم من طرف الغرفة الجهوية للموثقين ناحية الشرق بمدينة سكيكدة بتاريخ 2001/05/29، غير منشور.

[2]

النصوص من قانون التسجيل بتقديم هذه السجلات إلى رقابة وتأشير إدارة التسجيل في آجال معينة تحت طائلة العقوبة المالية كما ألزم قانون التسجيل الموثق في مواده من المادة 9، 14، 15، 153 بتلخيص العقود التي يقدمها للتسجيل على مطبوعات خاصة تسلمها إدارة التسجيل تحمل عنوانها وطابعها الخاص ولا يظهر فيها أي أثر لمجهود الموثق لأنه لا يحق له توقيعها ولا ختمها بختمه ونعتقد أن المشرع الجبائي قد أجحف في حق الموثق بإقحامه في عملية تحصيل حقوق التسجيل لأن ذلك يخرج به عن وظيفته الأساسية فالموثق رجل قانون بالدرجة الأولى ومهمته إعطاء العقد حقه من الناحية القانونية بإضفاء الصيغة الرسمية عليه حسب المادة 324 من القانون المدني والمادة 03 من قانون التوثيق وحتى لو فرض له أن يكون عون جباية يساهم في ضمان التحصيل لحقوق الخزينة العمومية والجماعات المحلية لكن ليس بهذه الضخامة التي تؤثر على وظيفته الأساسية واختصاصه الأصل لأن الموثق مطلوب منه في مجال الجباية بدل عناية واجتهاد جبار حتى يتفاد ارتكاب أي خطأ يتعلق بقوانين الجباية في ظل عدد هائل من القوانين التي تصدر تباعا معدلة ومتممة وحتى لاغية لبعضها البعض فقانون المالية يأتي كل سنة بتغييرات كثيرة يتعين على الموثق الإحاطة بها كلها وهذا ما يصعب حتى على المختصين الماليين وخبراء الجباية متابعتها بدقة وفي أوانها فضلا على العمل بها، فكيف يتأت للموثق الإحاطة بها كلها فضلا على ميدانه الأصل الذي هو القانون وما يحدث فيه كل سنة من تغييرات وتعديلات وإلغاءات يتعين عليه الإلمام بها وإلا تجازوه الحدث، هذا بالإضافة إلى أن الموثق في مهمته الجبائية لا يكلف كما قلنا خزينة الدولة سنتيما واحدا بل على العكس من ذلك تفرض عليه ضريبة مقابل ما تقاضاه من أتعاب بحكم خضوعه إلى نظام جبائي كونه يمارس مهنة حرة حيث يفرض القانون ضريبة على المهن الحرة ولئن كان ليس من الصعب على الموثق تحصيل مبالغ رسوم التسجيل وإيداعها بقباضة الضرائب المختصة إقليميا لكن الإشكال فيما لو ارتكب خطأ في الحسابات مع أطراف العقد أو مع الخزينة العمومية فإنه يتحمل دفع العجز من أمواله الخاصة وإلا سجن[1]؟!.

وأنصافا للموثق وتمكينا له من أداء مهمته القانونية على أحسن وجه لابد من تبني أحد الحلين التاليين في اعتقادنا.

1- الحل الأول: التخفيف من مهام ووظيفة الموثق الجبائية بجعل المكلف بالتسجيل شخص آخر غير الموثق يتجه له الأطراف لتسجيل عقودهم، ولنا مثلا في ذلك فقد كانت قباضات البريد والمواصلات تقوم ببيع الطوابع الجبائية لحساب قابض الضرائب ثم حولت هذه المهمة إلى مكاتب الضرائب نفسها حاليا.

---

(1) أنظر المادة 379 من قانون العقوبات.

2- الحل الثاني: طرح فكرة التخصص القانوني للموثق بحيث يصبح كل موثق متخصص في مجال معين مثلا موثق متخصص في العقود العقارية والحقوق العينية موثق مختص في مجال عقود الشركات التجارية وآخر مختص في مجال الأحوال الشخصية وهكذا حتى يخف العبء على الموثق حيث تتوحد أنواع العقود التي يحررها ومن ثمة تتوحد الرسوم على هذه العقود بحيث تكون إما ثابتة أو نسبية أو تصاعدية وهذا ما يسهل الأمر على الموثق.

الفرع الثاني: الدور الإثباتي للتسجيل

إن السندات المثبتة للملكية العقارية على أربع أنواع: هي السندات التوثيقية السندات العرفية، السندات الإدارية والسندات القضائية[2].

ومن المعلوم أن المشرع الجزائري قد فرض في العمليات الواردة على العقار وجوب إفراغها في سندات رسمية يحررها ضابط عمومي هو الموثق كما أسلفنا وهذا ما دلت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والمادة 03 من قانون التوثيق الجديد.

إلا أن المشرع اعترف بحجية العقد العرفي المبرم في فترة زمنية محددة حيث جعل الفيصل في ذلك تاريخ 1971/01/01 فالعقد العرفي المبرم قبل هذا التاريخ في مجال المعاملات العقارية يؤخذ به وتكون حجيته مثل السند التوثيقي أما السندات العرفية المبرمة بعد هذا التاريخ فلا يعتد بها في مجال المعاملات العقارية.

ولأن العقد أو السند العرفي يقوم بتحريره وإعداده الأطراف أنفسهم أو بواسطة كاتب ويتم توقيعها من قبل الأطراف وحدهم أو بإضافة الشهود لكن دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مخول قانونا إصدار مثل هذه المحررات ومثاله الموثق فإنه لا يمكن التأكد من تاريخ هذا السند العرفي إلا وفقا للحالات التي نصت عليها المادة 328[1] من القانون المدني بالنص على " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

- من يوم تسجيله.

---

(2) حمدي باشا عمر: حماية الملكية العقارية الخاصة، نشر دار هومه، الطبعة الأولى، الجزائر، ص 13.

(1) أنظر المذكرة رقم 6124 المؤرخة في 1995/12/17 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية ردا عن استفسار جاء من المحافظ العقاري لولاية تبسة حول طريقة إثبات العقود العرفية، حمدي باشا عمر: حماية الملكية العقارية الخاصة، ص 19 هامش.

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء ".

إذن يكون تاريخ السند العرفي ثابتا وفقا لأربع طرق[2] أولها أن يكون مسجلا لـدى مصـلحة التسجيل والطابع حيث يكون تاريخ تحرير هذا السند العرفي هو تاريخ تسجيله ومن تم كان للتسـجيل دور إثباتي بالنسبة للعقد العرفي في الفترة الممتدة قبل جانفي 1971 تاريخ العمل بقانون التوثيق رقـم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 الذي نص صراحة على بطلان العقد العرفي في مجال نقل الملكية العقارية بطلانا مطلقا كما أن نظام الشهر العيني الذي تبناه المشرع الجزائري بموجـب الأمـر رقـم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري رقم 105/76[1] بنصها على نفس الحكم.

وتجدر الإشارة أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيده إثبات التاريخ كما ذكرنا فقط أما مضمون العقد العرفي فيبقى بعيدا عن الرسمية حتى بتدخل الموثق حيـث يتعـين علـى أطراف العقد العرفي اللجوء إلى موثق ليحرر عقد إيداع بشأن المحرر العرفـي المعنـي تـم يشـهره بالمحافظة العقارية المختصة لأن هذه العقود أعفيت من الإشهار المسبق[2] الذي كان مفـروض بحكـم نص المادة 88 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه أما العقد العرفي غير ثابت التاريخ فلا يمكن إثبات حجيته إلا عن طريق القضاء وهذا ما أكده القرار القضائي الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليـا تحت رقم 198/674 مؤرخ في 2000/04/26 غيـر منشـور[3].

كذلك أكدت هذا الأمر المذكرة الصادرة عـن المديريـة العامـة للأمـلاك الوطنيـة بتـاريخ 1994/03/29 تحت رقم 1251.

وأهم ملاحظة يجب ذكرها هي أن المادة 351 من قانون التسجيل رقم 105/76 كانت تحظـر تسجيل العقود العرفية بمصالح التسجيل والطابع لكن هذه المادة ثم إلغاؤها بموجب المـادة 178 فقـرة 06 من قانون المالية التكميلي لسنة 1983 فعمل بتسجيل العقود العرفية مدة مـن الـزمن إلـى غايـة

---

[2] نبيل إبراهيم سعد وهمام محمود الزهران: مرجع سابق، ص 230 وما بعدها ومحمد حسنين: مرجع سابق، ص 369 وما بعدها.

[1] أنظر الصفحة رقم 51 من رسالتنا هذه.

[2] حمدي باشا عمر: مرجع سابق، ص 22.

[3] حمدي باشا عمر: مرجع سابق، ص 24 نقلا عنه.

صدور قانون المالية لسنة 1992 حيث أعيد تفعيل محتوى المادة 351 من قانون التسجيل بموجب المادة 63 من قانون المالية المذكور حيث أبعد العمل بتسجيل العقد العرفي الوارد على العقارات.

والخلاصة أن السندات العرفية المتضمنة معاملة عقارية يمكن الاحتجاج بها إذا كان لها تاريخ ثابت وذلك بتسجيلها لدى مصلحة التسجيل والطابع أو وفقا لما دلت عليه طرق المادة 328 من القانون المدني بشرط أن تكون تواريخ هذه العقود والسندات العرفية قبل 1971/01/01[1] أما بعد هذا التاريخ وهي مرحلة سريان أحكام الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق فلا حجة للعقد والسند العرفي[2] لأن المادة 12 من هذا الأمر أوجبت صراحة الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق وهذا ما تأكد في قرار الغرف المجتمعة للمحكمة العليا رقم 136/156 المؤرخ في 1997/02/18 بعد تردد كبير في هذا الأمر الصادر في المجلة القضائية لسنة 1997 العدد 01 ص 10.

الفرع الثالث: آجال التسجيل

ألزم قانون التسجيل الموثق تسجيل جميع العقود التي قام بتحريرها في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخها حيث جاء في نص المادة 58 منه ما يلي: " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها... ".

فالمدة الممنوحة للموثق لتسجيل العقد الذي أبرمه هي شهرا واحدا دون حساب اليوم الأول الذي أبرم فيه العقد ومثال ذلك إذا أبرم العقد في 03 من شهر جوان فإن مدة الشهر الممنوحة كمدة يجب على الموثق تسجيل العقد خلالها تبدأ في السريان ابتداء من يوم 04 جوان وهذا ما دلت عليه المادة 72 من قانون التسجيل بنص على " إن يوم تاريخ العقد أو يوم فتح التركة لا يؤخذ بعين الاعتبار ضمن الآجال المحددة بموجب المواد السابقة من أجل تسجيل العقود والتصريحات ".

كما أن المادة 74 من قانون التسجيل مددت أجل الشهر المفتوح لتسجيل العقود بزيادة يوم لو صادف اليوم الأخير من الشهر الممنوح يوم عطلة أو يوم من أيام الأعياد المحددة بموجب القانون فلو صادف اليوم الأخير من المدة المحددة بشهر يوم جمعة تمدد المدة إلى يوم العمل الموالي وهو يوم السبت، ولو صادف يوم السبت هذا يوم عيد من الأعياد المحددة قانونا مددت المدة إلى يوم الأحد

---

[1] استثنت المادة 89 مثل هذه العقود من الإشهار المسبق المفروض بنص المادة 88 من المرسوم 63/76 بنصها على " تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم عندما يكون المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير سنة 1971 ".

[2] أنظر حمدي باشا عمر، زروخي ليلى: المازعات العقارية، نشر دار هومه، الطبعة الأولى، سنة 2002، الجزائر، ص 220.

وهكذا حيث جاء في المادة 74 من القانون التالي: " إن الآجال المحددة بموجب هذا القانون من أجل تسجيل العقود وكذلك من أجل دفع الحقوق والرسوم الخاصة بها أو من أجل إيداع التصريحات الخاصة بها تمدد إلى غاية يوم العمل الأول الذي يلي عندما ينقضي اليوم الأخير من الأجل في يوم من أيام الغلق المنصوص عليها في المادة 73 أعلاه ".

هذا وقد دلت المادة 73 من قانون التسجيل على الأيام التي تغلق خلالها مكاتب التسجيل بنصها على " تفتح مكاتب التسجيل على العموم، حسب الساعة التي تحددها الإدارة كل يوم ماعدا.

- أيام الجمعة وبعد الظهر من كل يوم خميس.

أيام الأعياد المحددة بموجب القانون.

عند الاقتضاء، بعد ظهر اليوم الذي تحدده الإدارة من أجل القفل الشهري للمحررات الحسابية، وتغلق أيام وساعة الافتتاح والغلق على باب كل مصلحة ".

كما بينت الفقرة الثالثة من المادة 60 (قانون تسجيل) أن التسجيل يثبت بوضع ختم خاص بمكاتب التسجيل يحمل العبارة التالية - رسم الطابع محصل لصالح الخزينة –لا حيث تختم مكاتب التسجيل العقد المقدم لها بمناسبة تسجيله بهذا الختم الحامل للعبارة السالفة.

وجزاء عدم تسجيل العقود من طرف الموثق سواء كان عامدا إلى ذلك أو عن غير قصد في آجالها القانونية تعرضه للعقوبة الجبائية وهي الغرامة المالية التي يتحملها الموثق من أمواله الخاصة إذ جاء في المادة 93 من قانون التسجيل التالي " يتعين على الموثقين والمحضرين الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة أن يدفعوا شخصيا غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة... ".

ونجد قيم هذه الغرامات المالية مبعثرة في قانون التسجيل ويمكن تصنيفها إلى غرامات ثابتة مثل تلك التي حددها البند 03 من المادة 113 من قانون التسجيل والفقرة الثانية (02) من المادة 123 من نفس القانون المقدرة بثلاث مئة دينار (300.00دج).

وإما غرامات نسبية تصاعدية مثل الغرامات التي نصت عليها المادة 93 المقدرة بـ 10% إذا كان التأخير يتراوح ما بين يوم واحد وثلاثين يوما مضافا إليها 3% عن كل شهر أو جزء من الشهر وتحسب هذه النسب على أساس الرسم المستحق[1].

أما في حالة عدم تسجيل العقد أصلا فيعتبر الموثق مستولي على أموال الخزينة العمومية لأنه هو المكلف قانونا بتحصيل رسوم التسجيل وإيداعها بقباضة الضرائب حيث جاء في المادة 40 من

[1] بورويس زيدان: الطرق والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، مجلة الموثق، الجزائر، العدد 9، لسنة 2003 ص 37.

قانون التوثيق رقم 02/06 ما يلي "يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود ويدفع مباشرة لقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقا للتشريع المعمول به... ".

والاحتفاظ بحقوق التسجيل من طرف الموثق ولو مؤقتا يعد سلوكا محظورا حيث نصت المادة 42 من قانون التوثيق على "يحظر على الموثق تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

- استعمال المبالغ أو القيم المالية المودعة لديه بأية صفة كانت في غير الاستعمال المخصص لها ولو بصفة مؤقتة.
- الاحتفاظ ولو في حالة الاعتراض[2] بالمبالغ الواجبة الدفع إلى قباضات الضرائب والخزينة العمومية... ".

هذا دون نزع الصبغة الرسمية عن العقد الموقع لأن الموثق يفترض فيه أنه قبض وحصّل مبلغ الرسم بمجرد توقيع العقد وإعطائه تاريخا ثابتا.

ويسقط حق الخزينة العامة في مطالبتها برسم التسجيل المفروض على الأشخاص بمناسبة العمليات العقارية بمضي أربع سنوات ابتداء من يوم تسجيل العقد أو وثيقة أخرى أو تصريح يظهر بصفة كافية استحقاق هذا الرسم دل على ذلك المادة 197 من قانون التسجيل.

المطلب الثالث: شهر التصرفات العقارية

أوجب المشرع الجزائري الشكل الرسمي كما ذكرنا في السندات المثبتة لنقل الملكية العقارية كما اشترط إشهار العقد المثبت لها بعد تسجيله كما رأينا في المطلب السابق.

والشهر العقاري: عمل فني يهدف إلى تسجيل وتدوين مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها[1].

أو هو ذلك العمل القانوني المتعلق بالعمليات الواردة على العقارات والهادف إلى إعلام الغير بالأوضاع القانونية المتعلقة بالعقارات[2].

---

[2] يقصد به اعتراض إدارة التسجيل أو الشهر.

[1] مجيد خلفوني: نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2003، الجزائر، ص 13.

[2] Latrous Bachir : Cours de droit civil, surettes et publicité foncière, office des publications universitaires, Alger, 1984, P 116.

فالشهر إذن هو عملية تسجيل وقيد العقد بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا وهو إجراء يبادر به الموثق الذي حرر العقد إذ أوكلت المادة 10 من قانون التوثيق مهمة شهر العقد للموثق، كما ألزمته المادة 90 من المرسوم رقم 63/76 مؤرخ في 1976/03/25 يتعلق بتأسيس السجل العقاري بذلك بنصها على " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة ".

يفهم من المادة أن الموثق هو المكلف بشهر العقود والمحررات التي قام بتحريرها في مكتبه كما يفهم منها أن الشهر آجالا لابد أن تحترم.

فالشهر نظام قانوني له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأخرى ويعتمد على نوعين من الأنظمة هما الشهر الشخصي والشهر العيني فنظام الشهر الشخصي يعتمد على الشخص القائم بالتصرف محورا للتسجيل أو القيد أما نظام الشهر العيني فيقوم على العقار موضوع التصرف كأساس لإجراء عملية التسجيل أو القيد[1] واعتمدنا مصطلح التسجيل أو القيد لأن الشهر يتم إما بنقل كل بيانات التصرف نقلا حرفيا في سجل خاص معد لذلك وهذا هو التسجيل وإما بنقل بعض البيانات من التصرف حسب الأوضاع وهذا هو القيد[2] وهناك التأشير الهامشي المستوجب في شهر الدعاوى القضائية المتعلقة بالعقار[3].

ويستعمل التسجيل عندما يكون الأمر متعلق بحقوق عينية أصلية كحق الملكية بينما يستعمل القيد إذا تعلق الأمر بحقوق عينية تبعية كحق الرهن مثلا وحق التخصيص وقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني الذي يرتكز على شهر التصرفات العقارية الواردة على العين ذاتها أي العقار محل التصرف ويتميز هذا النظام بعدة خصائص كما أن له أهداف هامة ترجى من ورائه كما يلعب في النظام القانوني الجزائري دورا فعالا يتمثل في أنه ناقلا للأثر العيني.

الفرع الأول: خصائص نظام الشهر العيني الجزائري

لقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني بإصداره للأمر رقم 74/75 المؤرخ في 75/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العيني وقد نصت المادة 12 منه على " إن

---

[1] أنظر مدحت محمد الحسني: إجراءات الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 9-10.

[2] حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2000، ص 122.

[3] أنظر المادة 85 من المرسوم 63/76، وأنظر صفحة من هذه المذكرة.

السجل العقاري المحدد بموجب المادة 03 أعلاه يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية ويتم إعداده أولا بأول بتأسيس مسح الأراضي على إقليم بلدية ما ".

يستفاد من هذا النص أن تطبيق نظام الشهر العيني يقتضي إعداد مسح للأراضي وعلى أساس ذلك يتم إنشاء السجلات العينية التي عليها المدار في عملية الشهر العيني ونظرا للنفقات الكبيرة المتطلبة في عملية المسح ترك الأمر لقدرات كل بلدية[4] ثم تم إنشاء وكالة وطنية لمسح الأراضي والتي تم تكليفها بإنجاز وإتمام عملية المسح بموجب المرسوم التنفيذي رقم 234/89 الصادر بتاريخ 1989/12/19 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 63/92 مؤرخ في 1992/02/12 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي كما تمت المصادقة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 440/92 الصادر بتاريخ 1992/12/02 على القرض الممنوح من قبل البنك الدولي والذي تم تخصيصه لتغطية نفقات عملية التوثيق العقاري العام وهي عملية المسح وتهدف هذه العملية إلى وضع مخططات طبوغرافية جزئية وبطاقية للملكيات العقارية وكذا أسماء مالكيها على مستوى كل بلدية من أجل تسجيل كل عقار بالسجل العقاري على أن يسلم في نهاية العملية لكل مالك دفتر عقاري يكون بمثابة سند لملكيته العقارية[1] أما المناطق التي لم تشملها عمليات المسح تبقى خاضعة لنظام الشهر الشخصي[2] مؤقتا وهذا ما دلت عليه المادة 27 من الأمر رقم 74/75 بنصها على " إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية والتي تخص عقارات أو حقوق عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي، تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم ".

فالنظام المتبنى في الجزائر هو نظام الشهر العيني كما أسلفنا لكن في الواقع لا يمكن تطبيق هذا النظام إلا تدريجيا بتقدم عمليات المسح لأن هذه الأخيرة هي ركيزة هذا النظام ويستشف من كل هذا أن أول خاصية لنظام الشهر الجزائري أنه مازال نظام مختلطا ولو جزئيا[3].

---

[4] طوايبيه حسن: نظام الشهر العقاري الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم القانونية، الجزائر العاصمة، سنة 2001-2002، غير منشورة.

[1] راجع المادة 18 من الأمر 74/75.

[2] ورثت الجزائر عن الحقبة الاستعمارية نظام الشهر الشخصي الذي لا يزال مطبقا حتى الآن بفرنسا وذلك بتمديد العمل بكل القوانين الفرنسية مع استبعاد ما يتعارض مع السيادة الوطنية، وذلك بموجب القانون الصادر بتاريخ 1962/12/31 إلى أن تم إصدار الأمر 74/75 أين توجه المشرع لنظام الشهر العيني صراحة.

[3] جاءت أحكام المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري بأحكام انتقالية في بابه السادس تتضمن صراحة تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي بحيث تمسك بطاقات عقارية في الأراضي التي لم تشملها بعد عملية المسح ويتم إشهارها باسم المالكين للعقارات وهذا ما دلت عليه المادة 113 من المرسوم 63/76 بنصها على " خلافا لأحكام المادتين 19 و26 من هذا المرسوم وإلى أن يتم إعداد مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية فإنه

ثاني خاصية لنظام الشهر العقاري الجزائري أنه نظام إداري[1] لأن عمليـــة تأســـيس الســـجل العقاري ومسكه مخولة قانونا حسب قانون الشهر العقاري إلى موظف عمومي هو المحافظ العقاري إذ تنص المادة 20 من الأمر رقم 74/75 على " تحدث محافظات عقارية يسيرها محـــافظون عقـــاريون مكلفون بمسك السجل العقاري وإتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري وذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر ".

كما أن المادة 05 منه أسندت مهمة المسح إلى الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة بنصها على " إن مهام إعداد مسح الأراضي العام والمحافظة عليه هي من اختصاص الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية ".

ثم أسندت هذه المهمة (مهمة المسح) إلى الوكالة الوطنية لمسح الأراضي بموجـــب المـــادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيـــذي رقـــم 63/92 المـــؤرخ فـــي 1992/02/12 حيث نصت على الآتي " تكلف الوكالة في إطار السياسة التي ترسمها الحكومة بإنجاز العمليات التقنية الرامية إلى إعداد مسح الأراضي العام في جميع أنحاء التراب الوطني... ".

والوكالة الوطنية لمسح الأراضي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري بنص المادة الأولـــى مـــن المرسوم السابق.

ويستمد نظام الشهر الجزائري خاصيته الإدارية من كون المحافظ العقـــاري المكلـــف بتســـيير المحافظة العقارية موظفا تابعا للإدارة المركزية وخاضعا للقانون الأساسي العام للوظيـــف العمـــومي عكس الأمر في فرنسا أين يتربع على قمة هذه المؤسسة قاضي[2] ودل على ذلك نص المادة 11 مـــن الأمر 74/75 ينص على " يقوم الموظف المكلف بمسك السجل العقاري... ".

فالمادة دالة على أن القائم بمسك السجل العقاري موظف... والمادة 20 من نفس الأمر أفـــادت أن المكلف بمسك السجل العقاري هم المحافظون العقاريون بنصها على " تحدث محافظـــات عقاريـــة يسيرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري وإتمـــام الإجـــراءات المتعلقـــة بالإشـــهار العقاري... " فإذا جمع بين نص المادة 11 التي صرحت أن المكلف بمسك السجل العقاري يعد موظفـــا ونص المادة 20 التي صرحت بدورها أن المكلف بمسك السجل العقاري هو المحافظ العقـــاري أمكـــن

يمسك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة وكلما تحصل إيداعات تفهرس مستخرجات الوثائق التي تم إشهارها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت اسم كل مالك وتتضمن مجموعة البطاقات العقارية بطاقات فردية للمالكين طبقا لنموذج يحدد بقرار من وزير المالية ".

[1] Latrous Bachir : Précité, P 119.

[2] مجيد خلفوني: مرجع سابق، ص 56.

القول أن المحافظ العقاري موظفا عاما إذ يعين بقرار من وزير المالية لأجل إدارة هيئة إدارية مكلفة بالإشهار العقاري هي المحافظة العقارية[1].

الخاصية الثالثة لنظام الشهر الجزائري أنه نظام أو إجراء إجباري[2] حيث جاء في نص المادة 165 ق م "... وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري " إذ يفهم من نص هذه المادة وجوب مراعاة أحكام الإشهار العقاري بخصوص انتقال الملكية لاسيما وأن المادة 792 من القانون المدني تحيل عليها بعدما ذكرت انتقال ملكية الحقوق العينية والعقار، كما أن نص المادة 90 من المرسوم 63/76 صريحة في هذا الباب إذ أوجبت على الموثقين وكل من له علاقة بعملية انتقال العقار من كتاب ضبط وسلطات إدارية أوجبت عليهم ضرورة شهر كل العمليات الواردة على العقارات[3].

في الخلاصة نقول أن نظام الشهر العقاري الجزائري يتميز بالخصائص التالية أولا كونه مازال بعد نظام مختلطا يجمع بين أحكام نظام الشهر العيني ونظام الشهر الشخصي، ثاني خاصية له أنه نظام إداري إذ خولت إجراءاته إلى جهاز إداري أما الخاصية الثالثة فتتجسد في كونه إجراء إجباري لابد منه في المعاملات الواردة على عقار.

الفرع الثاني: إجراءات الشهر العقاري وآجاله

رغبة من المشرع في توفير الثقة بين المتعاملين في العقارات فرض إجراءات تستهدف شهر كل العمليات الواردة على عقار سواء كانت هذه العمليات تصرفا قانونيا كاشفة أو منشئة أو ناقلة أو حتى معدلة لحق عيني عقاري أصلي أو تبعي أو كانت واقعة قانونية وهذه الإجراءات هي قواعد قانونية وتقنية هدفها إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات حتى يكون كل فرد على بينة من أمره بالنسبة للعقار الذي يزمع التعامل فيه بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك باشتراطه شهر الدعاوى القضائية المتعلقة بالعقارات[1].

---

[1] المرجع نفسه، ص 57.

[2] Latrous Bachir : Précité, P 118.

[3] أوردت المادة 14 من الأمر 74/75 معظم العقود والتصرفات الواجبة الشهر على سبيل التعداد حيث ذكرت في الفئة الأولى العقود المنشئة للحقوق العينية العقارية والعقود الناقلة للملكية والشهادات التوثيقية لنقل الملكية في الفئة الثانية ذكرت الأحكام القضائية والرهون أما في الفئة الثالثة فذكرت المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي المثبتة للتعديلات التي تخص العقارات أما الفئة الرابعة فاشتملت التعديلات الواردة على العقارات مثل التجزئة، التقسيم...إلخ.

[1] نص المشرع في المادة 85 من المرسوم 63/76 على شهر الدعاوى العقارية التي ترمي إلى فسخ أو تعديل أو تصريح أو إلغاء حق عيني عقاري وذلك حتى يكون المتعامل في العقار على علم بحالته القانونية، أنظر مجيد خلفوني: مرجع سابق، ص 40.

وإجراءات الشهر تختلف بمختلف المنطقة المتواجد بها العقار باعتبار أنهـا ممسـوحة أم لـم تشملها بعد عملية المسح كما يخضع تسجيله إلى الاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية المتواجد فـي نطاقها أو ضمن دائرة اختصاصها العقار المعني بالشهر.

أولا- الشهر وإجراءاته في المناطق الممسوحة:

بعد الانتهاء من عملية المسح على إقليم بلدية ما ترسل الوثائق المطابقـة للوضـعية الحقيقيـة للعقارات بفضل التحقيق العقاري الجاري بالموازاة مع عملية المسح وبعد إعداد ثلاث نسخ منها إلى:

أ- الوكالة الوطنية لمسح الأراضي: الملزمة بحفظ وتجديد المعلومات المسجلة لديها بصورة منتظمة تبعا لما يردها من الحفظ العقاري لاحقا[2].

ب- مقر البلدية الممسوحة: حتى تكون هذه الوثائق في متناول الجمهور وتحت مسؤولية رئيس المجلس الشعبي البلدي.

ج- المحافظة العقارية: وذلك لإنشاء السجل العقاري إذ نصت المادة 10 من الأمر رقم 74/75 على " عند اختتام عمليات مسح الأراضي في كل بلدية تودع لدى المصـلحة المكلفة بمسك السجل العقاري نسخة ثانية لجميع الوثائق الخاصة بمسح الأراضي كما تودع نسخة من هذه الوثائق بمقر كل بلدية ".

حيث يقوم المحافظ العقاري بعد تسلمه لوثائق المسح بتأسيس السجل العقاري وتتم معاينة إيداع الوثائق بمحضر تسلم وثائق المسح يحرر من قبل المحافظ العقاري ويرفع الأمر إلى علـم الجمهـور الذي يحاط بنتائج عملية المسح عن طريق الإعلان في الصحافة ويمنح لكل ذي مصلحة أجـل قـدره أربعة أشهر للإطلاع على الوثائق وتقديم الاعتراضات أكدت هذه الإجراءات المادة 08 من المرسـوم 63/76 المعدل والمتمم بالمرسوم 123/93 بنصها على " تودع وثائق مسح الأراضي لدى المحافظـة العقارية وذلك من أجل تحديد حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى وشهرها في السجل العقاري ويتم هذا الإيداع عند الانتهاء من عملية مسح الأراضي لكل قسم أو مجموعة أقسام البلدية المعنية يثبت كـل إيداع منصـوص عليه في الفقرة السابقة عن طريق محضر تسليم يحرره المحافظ العقاري ".

كما يقوم المحافظ العقاري بشهر هذا المحضر المشار إليه سابقا خلال ثمانية أيام ابتـداء مـن تاريخ تسلمها دلت على هذا المادة 09 من المرسوم 63/76 بنصها علـى " يكـون محضـر التسـليم المنصوص عليه في المادة السابقة، محل إشهار واسع في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام ابتداء من تـاريخ

---

[2] أنظر المادة 17 من المرسوم 63/76 " يجب على المحافظ العقاري أن يبلغ مصلحة مسح الأراضي بكل التحويلات العقارية المشهورة خلال عمليات مسح الأراضي وهذا بواسطة مستخرج العقد المنصوص عليه في المادة 73 من هذا المرسوم ".

إيداع وثائق مسح الأراضي ولمدة أربعة أشهر، بكل وسيلة أو دعاية مناسبة، وهذا قصد تمكين المالكين وذوي الحقوق العينية العقارية الأخرى من تسلم كل وثيقة تشهد بحقوقهم على العقارات الممسوحة من المحافظ العقاري " ثم يبدأ المحافظ العقاري بتكريس نتائج عملية المسح بعملية الترقيم[1] وهي ثلاث حالات:

1- الترقيم النهائي: ونصت عليه المادة 12 من المرسوم 63/76 وتتعلق بالعقارات التي يحوز ملاكها سندات أو عقود مقبولة قانونا كالسندات الرسمية أو الأحكام القضائية المثبتة لحقوق عقارية أو سندات العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل سنة 1971 حيث تسلم في هذه الحالة الدفاتر العقارية للمعنيين في حالة عدم قيام نزاع.

2- الترقيم المؤقت لمدة 04 أشهر: وتناولت أحكامه المادة 13 من المرسوم السابق ويتعلق بالملاك المتمسكين بالحيازة الهادئة العلنية والمستمرة لمدة 15 سنة وفقا للمادة 827 مدني والحائزين لمدة 10 سنوات إذا كانت حيازتهم مستأنسة بعقد عرفي وكذلك الحاصلين على شهادات الحيازة المسلمة من رؤساء البلديات طبقا للمادة 39، 40، 41، 42، 43 من القانون المتضمن التوجيه العقاري رقم 25/90 إذ يصبح هذا الترقيم نهائيا بعد انقضاء مدة 4 أشهر دون الاعتراض عليها من الغير حيث يسلم للمعني الدفتر العقاري بعد مضي المدة المعينة ابتداء من يوم الترقيم حسب المادة 13 من المرسوم 63/76[1].

3- الترقيم المؤقت لمدة سنتين (2): أطرت هذا النوع من الترقيم المادة 14 من المرسوم 63/76 ويتعلق الأمر بالملاك الظاهرين الحائزين واقعيا حسب عملية المسح لكن لا يملكون سندات معترف بها ولا يمكنهم إثبات المدة القانونية للحيازة سواء 15 سنة أو 10 سنوات مع حسن النية (سند عرفي) وبمرور مدة سنتين ابتداء من يوم الترقيم يسلم للمعنيين الدفتر العقاري ما لم ينازعهم في حيازتهم منازعا كظهور المالك الحقيقي للأرض... [2].

---

[1] أنظر سماعين شامة: مرجع سابق، ص 115. ليلى زروقي: المنازعات العقارية: مرجع سابق، ص 49-50.

[1] أنظر حمدي باشا عمر: كتاب محررات شهر الحيازة، عقد الشهرة، شهادة الحيازة، دار هومة، الجزائر، 2002

[2] طوايبيه حسن: مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 48.

كل ما ذكرناه سابقا يتعلق بالعقار المتواجد في مناطق ممسوحة فإذا ما اجري أي تصرف قانوني على العقارات المتواجدة في منطقة ممسوحة مثل البيع أو الهبة أو التبادل وغيرها... يسجل ذلك في السجل العقاري الذي أعده المحافظ العقاري سلفا حيث جاء في نص المادة 03 من الأمر رقم 74/75 " يعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات ويبين تداول الحقوق العينية " وهو سجل يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية حيث تفرد لكل عقار بطاقة خاصة هذا ما دلت عليه المادة 12 من الأمر السابق 74/75 وتختلف هذه البطاقات باختلاف موقع العقار حيث جاء في المادة 20 من المرسوم 63/76 ما يلي " إن بطاقات العقارات تتضمن بالنسبة لكل بلدية تابعة لاختصاص المحافظة العقارية

- بطاقات قطع الأراضي.
- بطاقات العقارات الحضرية ".

بالنسبة لبطاقات قطع الأراضي ترتب في مجموعات متميزة حسب كل بلدية كما ترتب حسب النظام الأبجدي تبعا لعدد الأقسام كما يحوي كل قسم مخططات مسحية ترتب ترتيبا تصاعديا حسب المادة 26 من المرسوم 63/76.

أما بطاقات العقار الحضري[1] والتي نصت عليها المادة 21 من نفس المرسوم فهي تحوي معلومات عن العقارات المبنية وغير المبنية الموجودة على الطرقات المرقمة بصفة نظامية للجهات السكنية التابعة للبلديات والتي يزيد سكانها عن 2000 نسمة إذ الفيصل في التفرقة بين العقارات الحضرية والعقارات الريفية هو ارتفاع وانخفاض عدد النسمة فما كان واقعا في منطقة يزيد عدد سكانها عن 2000 نسمة صنف عقار حضاريا وما كان واقعا في مناطق تحوي أقل من ذلك كانت عقارات ريفية[2].

السجل الثاني الذي كلف المحافظ العقاري بمسكه هو سجل الإيداع[3] إذ الإيداع إجراء قانوني أولي لازم لكل عملية شهر له آجال قانونية لابد من التقيد بها حددتها المادة 99 من المرسوم 63/76 وهي آجال تختلف باختلاف السند المراد شهره حيث تتراوح الآجال من 8 أيام في أوامر نزع الملكية إلى شهر من يوم تاريخها في معظم العقود إلى شهران بالنسبة للقرارات القضائية من يوم صيرورة الحكم نهائيا كذلك الشهادة الموثقة شهران من يوم تقديم الالتماس بالشهر إلى الموثق يمدد هذا الأجل

---

[1] أنظر عمار علوي: الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، 2004، الجزائر، ص 159.

[2] عمار علوي: مرجع سابق، ص 157.

[3] أنظر محمد خلفوني: مرجع سابق، ص 120. وهذا السجل تناولته المادة 41 من المرسوم 63/76 وذكرت المادة 43 أنه يوقع من قبل قاضي المحكمة المختصة إقليميا.

إلى 4 أشهر إذا كان المعني مقيم بالخارج وإذا كان إجراء الشهر يجب أن يجرى في أكثر من مكتب فالأجل يمدد بـ 15 يوما عن كل أجل مذكور أعلاه بالنسبة لكل مكتب[1].

كما أن الشهر تحكمه اختصاصات إقليمية حيث يجب إجراء الشهر في المحافظة العقارية المختصة إقليميا وهي المصلحة التي يقع العقار المعني بالشهر في دائرة اختصاصها الإقليمي[2].

وتتمثل عملية الإيداع في تسليم المحافظ العقاري وثائق تتعلق بالعقار موضوع الشهر وأطراف عملية الشهر وهما مثلا في البيع البائع والمشتري والمكلف بهذا الإيداع هو الموثق كما أسلفنا حسب المادة 90 من المرسوم 63/76 إذ يتعين عليه وضع صورتين من العقود أو السندات المتعلقة بالعقار موضوع عملية الشهر حيث ترجع نسخة إلى الموثق القائم بالإيداع بعد أن يؤشر عليها المحافظ العقاري وهذه علامة على قبول الإيداع وبالتالي مهرها بختم الإشهار أما النسخة الثانية التي يشترط فيها أن تحمل تأشيرة التصديق على الهوية وعلى الشرط الشخصي[3] للأطراف فيحتفظ بها وتصنف ضمن الأرشيف لدى المحافظة العقارية تولت كل هذه الإجراءات المادة 41 من المرسوم 63/76 كما ينبغي على الموثق استلام وصل من المحافظ العقاري يثبت عملية الإيداع حسب نفس المادة[4].

يأتي بعد هذا دور المحافظ العقاري في مراجعة العقد[5] والتأكد من مدى مطابقته لأحكام الأمر 74/75 والمرسوم 63/76 ثم يسلم كما ذكرنا نسخة من العقد للموثق هذه الإجراءات تعني العقار الممسوح لذلك تفرغ كل عملية واردة على عقار ممسوح في الدفتر العقاري[1] الذي يقدم لمالك بمناسبة الإجراء الأول لعملية المسح كما بينت ذلك المادة 18 من الأمر 74/75 والذي يسلم للملاك بعد إيداعهم جدول محرر على نسختين يعده موثق أو إحدى المصالح بالمحافظة العقارية في حالة طلب المالك ذلك هذا الجدول يحوي بيانات ومعلومات حددتها المادة 13 من الأمر 74/75 وهي:

---

(1) عدلت المادة 99 من هذا المرسوم بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 حيث عدلت آجال إيداع الشهادة التوثيقية في المحافظة العقارية بآجل 3 أشهر ابتداء من تاريخ تحرير المحرر ويمدد هذا الأجل 5 أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيم بالخارج.

(2) نص على هذا الشرط المادة 62 من المرسوم 63/76 وهي عملية التحقق من هوية الأطراف أصحاب الحقوق من قبل مصالح الشهر فالتعيين الدقيق للأشخاص شرط لقبول الوثائق المودعة على مستوى مصلحة الشهر (المحافظة العقارية).

(3) مجيد خلفوني: مرجع سابق، ص 120.

(4) بورويس زيدان: الطرق والإجراءات العملية، مجلة الموثق.

(5) نصت المادة 22 من الأمر 74/75 على " يحقق المحافظ في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار... ".

(1) أنظر في شكل هذا الدفتر والبيانات التي يتضمنها المادة 45 من المرسوم 63/76.

- وصف العقارات المعنية بالاستناد إلى مخطط مسح الأراضي.
- هوية وأهلية أصحاب الحقوق.
- الأعباء المثقلة بها هذه العقارات.

ونلاحظ أن المعلومات المتضمنة في الجدول موجودة كلها في وثائق مسح الأراضي وهذا حتى يتسنى للمحافظ العقاري التمييز والمقارنة بين كلا المعلومات الواردة في الوثيقتين وبعد تسليم الدفتر العقاري يكون بمثابة الدفتر العائلي تقيد فيه كل عملية وارد على العقار موضوع الدفتر العقاري سواء كانت بيع، هبة، رهن، تبادل...إلخ.

ثانيا - إجراءات الشهر في المناطق غير الممسوحة:

نصت المادة رقم 113 من المرسوم 63/76 على " خلافا لأحكام المادتين 19 و26 من هذا المرسوم وإلى أن يتم إعداد مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية فإنه تمسك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة وكلما تحصل إيداعات تفهرس مستخرجات الوثائق التي تم إشهارها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت اسم كل مالك وتتضمن مجموعة البطاقات العقارية بطاقات فردية للمالكين طبقا لنموذج يحدد بقرار من وزير المالية ".

كما دلت عليه المادة يعتمد في إشهار التصرفات العقارية في المناطق غير الممسوحة بعد على أسماء الأشخاص القائمين بها ويتم ذلك حسب سجل مرتب ترتيبا زمني لتقديم التصرفات المراد شهرها أي اتباع نظام الشهر الشخصي وذلك بتسجيل وقيد العقود والقرارات القضائية محل الإشهار مجموعة بطاقات عقارية بصفة مؤقتة على أساس القائمين بالتصرف حيث تفرد بطاقة عقارية بأسماء المتصرفين حيث يعتبر اسم كل شخص محل اعتبار لكن المادة 114 من نفس المرسوم اشترطت ضرورة صب معلومات معينة حول العقار المتعامل فيه هي: نوع العقار، موقعه، محتوياته.

وفضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية في مصالح مسح الأراضي والمحافظة العقارية لأن هناك بعض المناطق الريفية كانت موضوع عمليات مسح لكن غير تامة إبان الفترة الاستعمارية مما يستوجب وجود مثل هذه المخططات[1] وإذا كانت غير محددة بدقة تطلب الأمر إعداد مخطط من طرف خبير عقاري وقد يفهم من نص المادة 703 من القانون المدني هذا الأمر وبناء على ذلك تعد بطاقة عقارية للعقار غير الممسوح مثلما أكدته المادة 27 من مرسوم 63/76 وقد شجعت المادة 39 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقار الحائزين على ضرورة

---

[1] أنظر عمار علوي: مرجع سابق، ص 145. وحمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، ص 65 وما بعدها.

تسوية وضعيهم في المناطق غير الممسوحة وذلك عن طريق طلبهم لشهادة الحيازة التي يسلمها رئيس المجلس الشعبي المعني وقد نظم هذا الأمر المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 27 يوليو 1991 يحدد كيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها المحدثة بموجب المادة 39 من القانون 25/90 وفي هذه الحالة تكون الحيازة قد مورست لمدة سنة واحدة على الأقل حسب المادة 02 من هذا المرسوم في أراضي الملكية الخاصة المفتقدة للسند أما المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21 مايو 1983 يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية في الأراضي الخاصة التي تحوي سند بشرط أن تكون الحيازة هادئة وعلانية ومستمرة لمدة 15 سنة أو 10 سنوات مع توافر حسن النية ووجود عقد عرفي[2] وهي وسابقتها وسيلتين[3] أراد المشرع من خلالهما تطهير العمليات والوضعيات العقارية في البلاد بالنسبة للمناطق غير الممسوحة[4] وبمرور عملية المسح على هذه المناطق يسلم للحائزين دفتر عقاري يثبت ملكيتهم على أساس عقد الشهرة وشهادة الحيازة ما لم يقم نزاع حول العقار المعني.

الفرع الثالث: دور الإشهار في النظام القانوني الجزائر

زيادة على الوظيفة الإعلامية التي يلعبها الإشهار العقاري حول الوضعية العقارية لعقار ما.

يلعب الشهر العقاري دور مهم في التشريع الجزائري يتمثل في انتقال الملكية حتى بين الطرفين المتعاقدين، إذ جاء في نص المادة 793 من القانون المدني الجزائري ما يلي: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ".

فالشهر له وظيفة هامة في نظامها القانوني هي ترتب الأثر العيني فبالنسبة للعقود والاتفاقات الرامية إلى إنشاء أو تعديل أو انقضاء حق عيني عقاري لا تنتج هذه الأخيرة آثارها حتى فيما بين المتعاقدين فضلا عن الغير إلا من تاريخ الشهر حيث ينتقل الحق العيني إلى المتصرف له ليس بناء على التصرف الناقل وإنما بناء على شهر الحق وإذا وجد عيب في التصرف ولم يكتشف إلا بعد التسجيل أو القيد فإن العيب يتطهر ويزول لأن التسجيل طهره من هذا العيب[1] وإذا كان من المعلوم

---

[2] أنظر محمدي فريدة (زواوي): الحيازة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 30 وما بعدها.

[3] الوسيلتين هما عقد الشهرة وشهادة الحيازة.

[4] حمدي باشا عمر: محررات شهر الحيازة، دار هومه، الجزائر، 2001، ص 13 و109.

[1] خليل أحمد حسن قداده: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 117.

أن توثيق العقد يتم قبل تسجيله وشهره بمدة وأن الشهر هو الناقل للأثر العيني فهل يكون له أثرا رجعيا يعود إلى يوم إبرام العقد أم يبدأ في السريان من يوم الشهر فقط؟

والجواب نجده في طيات المادة 15 و16 من الأمر 74/75 حيث جاء في المادة 15 منه ما يلي " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية... ".

أما المادة 16 فقد جاء فيها: " إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ".

فالمادتين صريحتين في التدليل على أن المشرع الجزائري لم يجعل للإشهار أثرا رجعيا بل جعل أثر نقل الملكية يتحقق ويبدأ في السريان من يوم وقوع التسجيل أو القيد في المحافظة العقارية قصد الشهر أي من تاريخ القيد[1] سنرى أن لهذه القاعدة استثناء بالنسبة لانتقال الملكية بسبب الوفاة.

والمستخلص من المادتين أن المشرع ساوى بين أطراف العقد والغير في مسألة سريان أثر العقد حيث تسري في حق أطراف العقد أو في حق الغير من تاريخ إجراء الشهر وتبرز أهمية تاريخ الإشهار في حالة تزاحم المتصرف لهم فإن الملكية تنتقل لمن اتخذ إجراءات الشهر قبل غيره ولو بساعات محدودة فمثلا لو باع شخص عقار واحد لشخصين فإن الأولى بهذا العقار هو الأسبق في الشهر أما المشتري الثاني فليس له إلى الرجوع بالتعويض على البائع[2].

---

[1] يعتمد نظام الشهر العيني على القيد كونه يلغي سلطان الإرادة في المعاملات العقارية حيث يكون الشهر هو محط الاعتبار والقيد حسب الأستاذة ليلى زروخي في كتاب المنازعات العقارية، ص 63، هو مجموعة قواعد قانونية وتقنية تشمل كل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات ويمتد القيد في بعض الأحيان ليشمل حتى بعض الالتزامات الشخصية كالإيجارات طويلة الأمد لمدة 12 سنة حسب المادة 17 من الأمر 74/75.

[2] خليل أحمد حسن قداده: مرجع سابق، ص 119.

الفصل الأول

انتقال الملكية العقارية

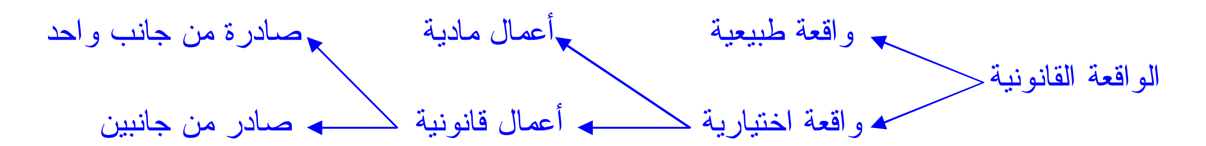
بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري

الفصل الأول: انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة بسبب الوفاة

عرضنا في الفصل التمهيدي الملكية العقارية الخاصة عموما. وذكرنا تعريفها وأنواعها، ثم بينا نطاقها والشروط القانونية التي أوجبها القانون في انتقالها، وفي هذا الفصل نتناول أسباب كسب الملكية العقارية وطرق انتقالها، مسلطين الضوء على طرق وكيفيات انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري خصوصا.

فإذا كان التقنين المدني الجزائري قد ذكر سبعة أسباب لكسب الملكية هي: الاستيلاء[1] ،التركة ،الوصية، والالتصاق بالعقار، وعقد الملكية، الشفعة، الحيازة، ابتداء من المادة 773 إلى المادة 843، وهي المصادر نفسها التي تنشأ عنها الحقوق. وتقابل مصادر الالتزام[2] فإن الفقه القانوني استقر على أن مصادر الحقوق جميعها تنشأ عن الواقعة القانونية[3]. هذه الأخيرة التي ترجع إما إلى عمل الإنسان وفعله، وإما ترجع إلى عوامل أخرى لا دخل لإرادة الإنسان ولا لعلمه فيها. كالزلازل والفيضانات والعواصف (الجوائح)... والوقائع التي ترجع إلى عمل الإنسان قد تكون عملا ماديا[4]، وقد تكون عملا قانونيا (نصرف قانوني)، وهذا التصرف القانوني إما يصدر من جانب واحد مثل: الوصية وإما يصدر من جانبين كالهبة والبيع.

فالوقائع القانونية تشمل الوقائع الطبيعية[5]، والوقائع الإرادية الاختيارية، وهذه الأخيرة قد تكون أعمالا مادية، وقد تكون أعمالا قانونية، والأعمال القانونية إما أن تكون تصرفا صادرا عن جانب واحد. وإما تكون تصرفا صادرا عن جانبين، ويمكن تمثيلها سهميا في المخطط التالي:



[1] لا يمكن للأفراد اكتساب العقار عن طريق الاستيلاء لكون العقارات التي ليس لها مالك ملك للدولة في التشريع الجزائري، أنظر المادة 773 قانون مدني والمادة 48 من القانون 30/90 المتضمن للأملاك الوطنية والمادة 51 منه كذلك والمادة 90 من المرسوم 454/91 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفيات ذلك.

[2] السنهوري: مرجع سابق، المجلد 9، ص 5.

[3] رمضان أبو السعود: مرجع سابق، ص 123.

[4] السنهوري: مرجع سابق، المجلد 8، ص 501، 497 التصرف المادي استعمال الشيء إلى حد إتلافه فإن كانت أرض زرعها وأكل ثمارها وإن كانت دارا يسكنها... الخ، وانظر الصفحة من رسالتنا هذه.

[5] أرجعنا الواقعة الطبيعية إلى الواقعة القانونية لأنها إذا حدثت ترتب عنها أحكام قانونية (نظرية الظروف الطارئة م107 مدني).

فإذا نسبنا أسباب كسب الملكية التي حصرها التقنين الجزائري، باعتبارها وقائع قانونية، كان العقد والوصية تصرفا قانونيا اختياريا، وكان الميراث والالتصاق واقعة طبيعية. في حين تكون الشفعة واقعة مختلطة، ومركبة من اقتران الواقعة المادية الطبيعية، ومن الشيوع بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، في حالة أراد صاحب العقار المجاور بيعه. وهي وقعة قانونية، في حين تدخل الحيازة في نطاق الواقعة المادية الاختيارية، مع العقد والوصية.

وقد أورد المشرع الجزائري هذه الأسباب، مرتبة ترتيب يقوم على أساس التمييز بين ثلاثة أنواع من أسباب كسب الملكية:

- الحـــالة الأولى هي كسب الملكيـــة ابتداء، دون أن يكون لها مالك من قبل تنتقل منه. وهي :حالة الاستيلاء، وقد استبعدها المشرع بالنسبة للأفراد، في حالة العقار بنص المادة 773 قانون مدني، والمادة 48 و51 من قانون الأملاك الوطنية[1].
- الحالة الثانية هي كسب الملكية انتقالا من ميت إلى حي، ويتم ذلك في الميراث والوصية.
- الحالة الثالثة تكون بالاستخلاف بين الأحياء ويتم ذلك بالالتصاق والعقد والشفعة والحيازة.

وإذا تصفحنا قانون الأسرة الجزائري، نجده قنن لانتقال الملكية عموما، وانتقال الملكية العقارية خصوصا، في عدة مواد حيث ذكرت المادة 09 من قانون 09/05 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم شروط انعقاد الزواج، ومن بين ما ذكرت الصداق. الذي عرفته المادة 14 من نفس القانون بنصها على « الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا... » ويفهم من عبارة المادة«... نقود أو غيرها» دخول العقار، فقد يصدق الزوج زوجته بعقار. بمعنى يكون مهرها دارا أو قطعة أرض[2]. كما قد تخلع الزوجة نفسها حسب المادة 54 بمقابل مالي، وقد يكون عقارا[3]، كذلك الإرث الذي يخلِّفه الهالك قد يكون نقدا، وقد يكون عقارات، كذلك في الوصية حسب المادة 190 من قانون الأسرة، فإن الموصي له أن يوصي بكل الأصناف التي يملكها، فقد

---

[1] جاء في نص المادة 773 مدني ما يلي: " تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم ".

- كما نصت المادة 48 من القانون 30/90 على: " الأملاك الشاغرة والأملاك التي لا صاحب لها ملك للدولة طبقا للمادة 773 من القانون المدني ".
- وجاء في المادة 51 من نفس القانون: " إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفي مالكه دون أن يترك وارثا يحق للدولة المطالبة بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا أمام الهيئات القضائية المختصة بحكـم يصـرح بانعدام الوارث... ".

[2] بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج$_1$، نشر دار النهضة العربية بيروت، 1967، ص 187.

[3] مرجع سابق، ص 396.

يوصي بأموال أو بعقارات، كما أجازت المادة 206 أن تكون الهبة عقار. وهذا نفسه حكم المادة 205. كذلك يفهم هذا من نص المادة 219، بخصوص الوقف، إذن فإن ملكية العقار قد تنتقل من ذمة إلى ذمة أخرى وفقا للأسباب التي ذكرنها في قانون الأسرة. فقد ينتقل بصفته مهرا للزوجة، ويدخل في حكم العقد كما قد ينتقل العقار عن طريق الإرث، أو الهبة أو الوصية أو الوقف، مع خصوصيته أنه لا ينتقل منه سوى حق الانتفاع. كذلك قد تخلع الزوجة نفسها، ويكون بدل الخلع عقار.

وعليه نخلص أن العقار في قانون الأسرة الجزائري، ينتقل وفق طريقتين: فإما أن يكون انتقاله بسبب الوفاة ، وهي حالة الميراث والوصية ، وإما يكون انتقاله بين الأحياء ، وهي حالة الهبة والوقف وحالتي الصداق والخلع ، إذا كانا عقارا. فواقعة الوفاة: سبب لانتقال العقار إذن، وذلك بالميراث أو الوصية، وكلاهما سبب يحقق خلافة عامة للوارث، ويحقق إما خلافة خاصة للموصي له، أو عامة. وتكون خلافة الموصى له عامة، إذا كان قد أوصى له بجزء شائع من العقارات في التركة، أو بعقارات التركة كله. أما الخلافة الخاصة للموصى له ، فتتحقق إذا أوصى له بجزء معين من عقارات التركة[1].

المبحث الأول: الميراث ــ انتقال الملكية العقارية بالميراث ــ (Les successions)

يعد الميراث سببا لكسب وانتقال الملكية عموما. وبما أن العقار صنف من الملكية فهو ينتقل بالميراث، وذلك استنادا إلى واقعة مادية، هي حادثة الوفاة. فقد جاء في المادة 774 مدني ما يلي: «تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة » فيفهم من عبارة المادة (انتقال أموال التركة): أن كل ما خلفه الهالك ينتقل إلى من حدده الشرع والقانون، وهم: الورثة[2] . وقد ورد نص في تخصيص انتقال الملكية العقارية بمناسبة الوفاة في المرسوم رقم 63/76، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث جاء في نص المادة 91 منه ما يلي: " كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة... " فدل على أن حادثة أو واقعة الوفاة تكون سببا للانتقال أموال الهالك، ومنها العقارات إلى ورثته.

وعموما يفهم من نصوص قانون الأسرة .أن أملاك الهالك تنتقل بحادثة الوفاة إلى ورثته، ويلاحظ أن الفصل الأول، من الكتاب الثالث في قانون الأسرة والمتعلق بالميراث. بدأ في مادته 126 بأسباب الإرث مباشرة، ثم أفرد مادة تبين أن التركة تنتقل بواقعة الوفاة، هي نص المادة 127 من قانون الأسرة الناصة على: " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي ".

---

(1) رمضان أبو السعود: مرجع سابق، ص 131.

(2) الوارث هو من يستحق حصة من التركة وإن لم يأخذها بالفعل كالمحروم والمحجوب، أنظر: وهبة الزحلي: مرجع سابق، ج8، ص 248.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية استنادا إلى المادة 222 من قانون الأسرة. نجد في صحيح مسلم، باب من ترك مالا فلورثته، حديث رواه أبو هريرة هذا نصه: "... ومن ترك مالا فلورثته "[1][2] وقد روى الخمسة إلا النسائي عن جابر قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت: يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أُحد شهيدا، وأن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا، ولا ينكحان إلا بمال، فقال: يقضي الله في ذلك فنزلت آية المواريث. " يوصكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الآنيين فإن كنا نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبوه فلأمه الثلث فإن كان له اخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصي بها أو دين آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليما حكما "[3] فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال: " أعط ابنتي سعد الثلثين، وأمهما الثمن وما بقي فهو لك "[4] فالنص صريح في أن ما يخلفه الهالك بعد وفاته من أموال وأملاك، فإن الأولى بها هم أهله وقرابته، الأقرب فالأقرب حسب القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية.

ولسنا بصدد أحكام المواريث وتفصيلاتها، وإنما الذي يعنينا بيان أنها سبب من أسباب نقل الملكية العقار.

---

[1] هذا جزء من حديث متنه الكامل هو: " عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين فيسأل: هل ترك لدينه من قضاء؟ فإن حدث أنه ترك وفاء، صلى عليه وإلا قال: " صلوا على صاحبكم" فلما فتح الله عليه الفتوح، قال: " أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي وعليه دين فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته " ".

[2] الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري: مختصر صحيح مسلم، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط، 1996، ص 258، الحديث رقم 999.

[3] سورة النساء، الآية 11، وأنظر: قوله تعالى في نفس السورة: " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون، مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا ".

[4] المنذري: مختصر صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 424.

المطلب الأول: مـــــــاهية الميـــــــراث

الفرع الأول: التعريف بالميراث وما يتعلق به من حقوق

أولا - التعريف بالميراث:

الميراث اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية[1].

أو هو: أيلولة الحق إثر وفاة صاحبه إلى الوارث بقوة القانون، ودون اعتداد بإرادة المورث[2]. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتكلف عناء تعريف الميراث، تاركا ذلك للفقه والقضاء، وقد عرف القضاء الجزائري الميراث في القرار رقم 770 24 مؤرخ في 1982/04/14[3] بقوله: " من المقرر قانونا أن الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته... "[4].

وتعريف الميراث، تتنازعه آراء ثلاث[5] ،حيث يذهب الرأي الأول إلى أن الميراث: هو ما يتركه الميت من الأموال، والحقوق المالية، خالصة عن تعلق حق الغير بها. وحسب هذا الرأي أن كل الأعيان والأموال التي تعلق بها حق الغير، لا تكون من التركة، فمن مات وترك عين مرهونة بدين يساوي قيمتها، لا تدخل هذه العين سواء كانت دارا أو أرضا في تركته. وهذا الرأي هو المشهور عند الأحناف[6].

ويذهب الرأي الثاني: إلى أن مسمى التركة، هي ما يتركه الميت من أموال، وحقوق مالية بعد تجهيزه وسداد ديونه. وذلك استنادا إلى القاعدة القائلة: لا تركة إلا بعد سداد الديون. فالتركة حسب هذا الرأي محصورة فيما يستحقه ورثته خالصا من الديون، وما ينفذ منه وصاياه فقط. وبذلك تكون الحقوق المتعلقة بالتركة اثنان فقط، هما تنفيذ الوصايا وحق الإرث.

أما الرأي الثالث: فيستقر على أن التركة، هي كل ما يتركه الشخص بعد وفاته، سواء كان مدينا أم لا، ديونا تتعلق بأعين التركة كالرهن الرسمي، أو ديونا شخصية متعلقة بذمة المدين الهالك.

---

[1] بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص 10.
[2] محمد وحيد الدين سوار: مرجع سابق، ص 33.
[3] المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 04، ص 55.
[4] لا يدخل التعويض ضمن عناصر التركة لأنه يعطى لكل من تضرر ولو لم يكن وارث كما أن تقديره يخضع لجسامة الضرر
[5] محمد مصطفى شلبي: أحكام المواريث بين الفقه والقانون، نشر دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص 38.
[6] وهبة الزجلي: مرجع سابق، ج8، ص 270.

(الدين العادي)، وكذلك الحقوق الثابتة، التي لها صلة بالمال، كالخيارات والشفعة والمنافع[1]. وهذا الرأي الأخير هو المتبنى من طرف المشرع الجزائري، إذ بالرجوع إلى نص المادة 180 من قانون الأسرة التي تنص على: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية...» فلفظة (يؤخذ من التركة) يفهم منها أنه يدخل في التركة، ما عددته بعد ذلك من مصاريف التجهيز، الديون الثابتة، الوصايا. كذلك قد يفهم هذا الأمر من نص المادة 190 من نفس القانون في شأن الوصية. إذ جاء فيها: « للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة »

والملاحظ على الآراء الثلاثة التي عرضناها، أن الخلاف قائم بينها على أساس أمرين[2] هما:

- معنى المال[3]: هل يطلق على الشيء المحرز ذاتيا وماديا فقط دون الحقوق المتعلقة بهذه الأشياء؛ أم تدخل الحقوق المتعلقة بالأعيان؟
- الأمر الثاني اختلافهم في تفسير الحقوق الشخصية، حيث وسع أصحاب الرأي الأول من دائرة الحقوق الشخصية، المتصلة بالتركة على حساب الحقوق المالية، بإدخالهم خيار الشرط، وخيار الرؤية، وحق الشفعة في الحقوق الشخصية. وقرروا أنها لا تورث. وقد نحا نحوهم أصحاب الرأي الثاني، مع الاختلاف بينهما في أن أصحاب الرأي الثاني يدخلون في التركة العقارات المثقلة بالرهن، عكس أصحاب الرأي الأول، ولولا هذا الاختلاف لكانا رأيا واحدا.

---

[1] لم يعرض قانون الأسرة بالتفصيل للحقوق التي تورث والتي لا تورث وحسب الإسناد محمد مصطفى شلبي في المرجع السابق، ص 42-43، أن الميراث أو القانون المنظم لمسألة الإرث يتولى توزيع الحق بين الورثة ويبين أنصبتهم فقط أما مسألة أن هذا الحق يورث أو لا يورث فهو خارج عن نطاقه ويدخل في نطاق القانون المدني لأنه هو المختص بإثبات الحقوق وتكييفها فهو من يقرر أن الحق يورث أو لا يورث، أنظر: المادة 868 ق م في حق الارتفاق المواد 852 و857 في حق الانتفاع والاستعمال والسكن المادة 814 في الحيازة والمادة 794 في رخصة الشفعة، كذلك المادة 108 في انصراف العقد للوارث، والمادة 408 ق م.

[2] محمد محدة: التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية، نشر دار الطباعة والنشر عمار قرفي، 1982، باتنة، ص 14.

[3] جاء في نص المادة 682 قانون مدني ما يلي: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية ".

- أما أصحاب الرأي الثالث فقد اعتبروا الخيارات: مثل خيار الشرط، وخيار الرؤية والشفعة والحيازة، حقــوقا مــالية، لكونها تخدم المال، أو تتبعه، ومن ثمة تدخل ضمن التركة[1].

ثانيا - مشتملات التركة:

مجمل القول في المسألة حسب القانون الجزائري، أن الأموال والحقوق المتضمنة في التركة نوعان:

1- نوع يورث: وهي الأموال التي يتركها الهالك، على اختلاف أنواعها، كالعقارات والحقوق العينية المقاومة بالمال، كحق الارتفاق، الذي قضت المادة 868 مدني، أنه يورث بنصها على: « ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث... » أما حق الانتفاع وحق السكن وحق الاستعمال، فلا تنتقل للورثة وتنتهي بانتهاء الأجل المعين لها. وإذ لم يعين لها أجل انتهت بوفاة المنتفع، حسب المواد 852 و857 ق م. مع ملاحظة أنه إذا نزل المنتفع، أو صاحب حق الاستعمال، أو السكن، عن حقه إلى الغير، ومات هذا الغير، فإن الحق ينتقل بموت صاحبه الجديد إلى ورثته. لكنــه ينتهي بــوفاة صاحب الحق الأصلي، أي صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال والسكن الأول[2].

كذلك حق الحكر ينتقل للورثة بموجب نص المادة 26 مكرر 2 من القانون رقم 07/01 مؤرخ في 2001/05/22 يعدل ويتمم القانون رقم 10/91، لكنه لا يدوم سوى مدة العقد الأولى، المبرم مع صاحب حق الحكر الأول. فإذا أبرم عقد الحكر مع شخص لمدة 05 سنوات مثلا، ومات هذا الشخص قبل انقضاء مدة 05 سنوات ،انتقل عقد الحكر هذا لورثته. دل على ذلك المادة السالفة بنصها على: "... مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/ أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد... "[3].

---

[1] بلحاج العربي: مرجع سابق، ص 35، أنظر: رأي مخالف لخليل أحمد حسن قدادة في كتابه شرح القانون المــدني ج4،حيث يذه«ب إلى عدم انتقال حق الخيار للورثة، هامش ص 61.

[2] أنظر: محمد وحيد الدين سوار: مرجع سابق، ص 33، كذلك رمضان أبو السعود: مرجع سابق، ص 132، ومحمد حسنين: مرجع سابق، ص 23.

[3] نص المادة 26 مكرر 2 من قانون 07/01 هو " يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء و/ أو الغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/ أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411هـــ الموافق لـــ 27 أبريل سنة 1991 ".

وقد ذهبت إلى نفس الحكم المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك. لكن (بخصوص الإيجار) بنصها على: " يفسخ عقد الإيجار قانونا إذا توفي المستأجر ويعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر للمدة المتبقية من العقد مع مراعاة مضمونه "[1].

كما نصت المادة 814 من القانون المدني، على انتقال الحيازة بالميراث بنصها على: " تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفاتها... " كذلك قد يفهم هذا من نص المادة 812 ق م، فتنتقل الحيازة إلى الخلف العام وهو الوارث، وتكون امتداد لحيازة السلف (المورث). فلا انقطاع فيها، إذ تضم مدة حيازة السلف (المورث) ،إلى حيازة الوارث ،بحيث يستطيع الاستفادة من دعاوى الحيازة وكسب الملكية بالتقادم المكسب. فإذا حاز المورث لمدة 10 سنوات، فإن الوارث يستفيد من هذه المدة. وليس عليه إلا مواصلة الحيازة بشروطها وأركانها، للمدة التي حددها القانون في المادتين 827 و828 من القانون المدني، وهي 05 سنوات في حالة المادة 827، تضاف للمدة التي مـــارس فيها الحيازة المورث[2]، لتصبح 15 سنة كذلك رخصة الشفعة، المنصوص عليها في المادة 794 وما بعدها من القانون المدني، تنتقل إلى من انتقلت إليه ملكية العقار[3]. وهي بذلك تنتقل إلى الوارث الذي ورث عقارا عن مورثه...[4].

كما جاء في نص المادة 102 ق م " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان "، والمصلحة هنا هي التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد، أو بطلانه وبذلك يكون لكل من له مصلحة في إبطال العقد، أن يتمسك به. ويدخل ضمن من تتقرر له هذه المصلحة المتعاقدين أصل،ا والخلف الخاص، والخلف العام، وهم الورثة. إذ لهم أن يتمسكوا بالبطلان، بهدف رد التصرف الصادر من مورثهم، لإثراء التركة، أنظر المادة 408 من القانون المدني، كذلك الدائن يتقرر له هذا الحق، حتى يزيد في ضمانه العام[5].

---

(1) حق الحكر لا يكون إلا على الأرض الموقوفة، أنظر: رمضان أبو السعود: مرجع سابق، ص 131.

(2) فريدة محمدي (زواوي): مرجع سابق، ص 40-41، أما حالة المادة 828 فهي 10 سنوات مع حسن النية والاستئناس بسند صحيح.

(3) رمضان أبو السعود: مرجع سابق، ص 205.

(4) أنظر: في انتقال الرهن الرسمي بالميراث المادة 904 ق م مع اشتراط القيد، والمادة 947 في حق التخصيص وكذلك المادة 950 في الرهن الحيازي، والمادة 986 في حق الامتياز.

(5) قدادة: مرجع سابق، ج$_1$، ص 83. وانظر: نص المادة 108 ق م " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث ".

والنوع الثاني من الحقوق التي لا تورث إلى جانب ما ذكرنا هي الحقوق الشخصية المحضة، كحق الحضانة وحق الولاية والحق في الوظائف[6] كذلك الديون لا تورث ولكن تكون التركة هي المسؤولة عن سدادها فإذا تجاوز الدين مجموع التركة فالورثة فير مسؤولين عن وفاته خلافا للقانون الفرنسي الذي يسمح لدائني التركة بالتنفيذ على أموال التركة وعلى أموال الورثة الشخصية ولا يحصن الورث بحماية أمواله الشخصية سوى برفض التركة[1] ولما كانت المادة 180 قانون أسرة جزائري قد أدخلت الديون الثابتة في ذمة المتوفي ضمن التركة فإن الورثة يكونون مسؤولين عن هذه الديون في حدود قدرة التركة على وفاءها فإذا أمكن تسديد الديون منها سددت وإذا كانت التركة مستغرقة بالدين وفوائد هذا الدين أما لو فاق الدين قيمة التركة فالورثة لا يتحملون ما زاد عن قيمة التركة من الدين[2] تطبيقا لقاعدة (الغرم بالغنم) ويجب أن يسدد الدين القائم في ذمة المتوفي ولو كان غير حال الأجل لأن الأجل يحل بموت المدين وقد يستخلص هذا من نص المادة 180 ق أ التي جعلت ترتيب الديون قبل الوصية وقبل حق الورثة فيفهم من هذا أن الدين حال للأجل بموت المورث لأن الأجل حسب السنهوري حق متصل بشخص المدين، والدائن نظر إلى شخص المدين في منح أجل لسداد الدين وذلك نظرا للاعتبارات قدرها في المدين قد تكون لأمانته أو للشفعة عليه وهي اعتبارات شخصية لا تورث فإذا مات الدين لم ينتفع الورثة بالأجل بل يحل الدين بموته[3] مع ملاحظة أن المادة 211 قانون مدني عددت أسباب سقوط الحق في الأجل وليس من بين هذه الأسباب وفاة المدين لكن إطلاق لفظة تسديد الدين في قانون الأسرة المادة 180 قد يفهم منها تخصيص المادة 211. وللتركة في تعلقها بالدين حالتان فهي إما أن تكون مستغرقة بالدين وإما أن تكون غير مستغرقة بالدين.

فالحالة الأولى وهي كون التركة مستغرقة فإن الورثة هم من يترتب على عائقهم تسديد الديون لأصحابها في حدود قيمة التركة كما ذكرنا وهذا لأن التركة بكل أثقالها تنتقل للورثة بمجرد واقعة الوفاة حسب نص المادة 15 من الأمر 74/75 بنصها على: "... غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ".

وعليه يكون الورثة هم من يستوجب عليهم تخليص ذمة مورثهم لأنهم رغم ذلك ملتزمون أمامه أخلاقيا ويهمهم أن تبرأ ذمة هذا الهالك لأنه قريب لهم لاسيما والشرع دل على أن الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه. أما لو كان الورثة صغارا عين القاضي من يتولى مهمة تسديد ديون الغرماء قياسا على نص المادة 181 ق أ التي نصت على أن القسمة تكون عن طريق القضاء في حالة وجود

---

[6] العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 35.

[1] Henri Léon Mazeaud, Jean Mazeaud : Leçons de droit civil, tome 4, deuxième édition, 1971, édition Montchrestien, Paris, P 415-416.

[2] ذهب إلى هذا الرأي قرار من المحكمة العليا برقم 567. 102 مؤرخ في 1993/12/22 المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 03، ص 22.

[3] نقلا عن العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 46، السنهوري: مصادر الحق، ج5، ص 67.

قاصر كذلك في حالة وجود قاصر يتدخل القضاء في تسديد ديون التركة يتعين من يقوم بذلك أما لو ترك الهالك وصيا وعينه لتلك فهو من يتولى هذا الأمر[4].

الحالة الثانية هي عدم استغراق التركة بالدين وهي أدعى في تولي الورثة أمر تسديد الديون[1] لأن حقهم قائم فيما بقي منها مع التفصيل السابق.

ثالثا- الحقوق المتعلقة بالميراث:

وننتقل للحقوق المتعلقة بالتركة وهي حسب القانون الجزائري أربعة حقوق[2] رأى المشرع أن يرتبها في نص المادة 180 ق أ على النحو التالي:

1- الحق الأول: تجهيز الميت وتكفينه وهي نفقات غسل الميت وتكفينه ودفنه وما يتضمن في ذلك من نقل الجنازة وثمن القبر وحفره... الخ كل ذلك بالقدر المشروع حسب النص.

2- الحق الثاني: هو الديون الثابتة في ذمة المتوفي حيث يستوجب أن تقضى الديون عن الميت قبل تقسيم التركة والديون ثلاثة أنواع.

أ- ديون متعلقة بأعيان التركة مثل الأعيان المرهونة كأن يخلف الهالك أرضا مرهونة أو دارا مرهونة فمن حق الدائن المرتهن أن يستوفي دينه من التركة قبل أي حق آخر يخرج من التركة وقد تقدمت مؤونة تجهيز وتكفين الميت على الديون لأن التجهيز يعتبر من الحاجيات الشخصية مثل الفراش والملابس فالتجهيز بأن حكمهما[3] فحق السكن والملابس تبقى للشخص حتى عند إفلاسه فمن باب أولى أن يبقى له ما يسد مؤونة التجهيز والدفن لأنه ليس من المعقول أن يكون للشخص أموال ولو كانت مستغرقة بالدين ثم يستجدى له كفن من غيره[4].

---

[4] العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 47.

[1] أنظر: المادة 331 من قانون الإجراءات المدنية، والمادة 332، 333 قد يفهم منها مسألة تولي الورثة تسديد الدين عن مورثهم من تركته.

[2] جمعن الحقوق المتعلقة بالتركة في لفظة (تدوم)

1- فالتاء (ت) للتجهيز 2- والدال (د) للديون 3- والواو (و) للوصية 4- والميم (م) للميراث.

[3] نصت المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية على " لا يجوز الحجز على ما يلي: الأشياء التي يعتبرها القانون عقارا بالتخصيص الفراش الضروري للمحجوز عليهم ولأولادهم الذين يعيشون معهم والملابس التي يرتدونها وما يلتحقون به... " ونظر المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري.

[4] محمد محدة: مرجع سابق، ص 16.

ب- النوع الثاني من الديون في الديون العادية (الديون الشخصية) وأضاف الظاهرية نوع ثالث من الديون وهي ديون الله تعالى في ذمة الميت مثل الزكاة والكفارات والنذور وغيرها التي لم يؤدها حال حياته فتبقى متعلقة بتركته[1] والقانون الجزائري لم يفرق بين الديون بل أوردها مجملة بقوله في نص المادة 180 ق.أ " الديون الثابتة في ذمة المتوفي " دون تفصيل ولا تفرقة[2].

3- الحق الثالث: تنفيذ الوصايا ونتعرض له بالتفصيل في المبحث الموالي.

4- الحق الرابع: هو حق الورثة بعد الانتهاء من جميع الحقوق السابقة حيث يؤول الإرث بقوة القانون ودون اعتداد بإرادة المورث إلى من حدده القانون حصرا وهم أصحاب الفروض والعصبة وذوي الأرحام حسب المادة 139 ق أ وهم مرتبين حسب الفقرة الثانية من المادة 180 ق أ نفس الترتيب فإن لم يكن للمورث من يرثه من الأصناف السالفة آلت التركة إلى الخزينة العامة وإن كانت عقارات آلت إلى أملاك الدولة فقد جاء في نص المادة 51 من قانون 30/90 الخاص بالأملاك الوطنية ما يلي: " إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفى مالكه دون أن يترك وارثا يحق للدولة المطالبة بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا أمام الهيئات القضائية المختصة بحكم يصرح بانعدام الوارث... " والأجهزة المعترف بها حسب المادة هي الوالي[3] الذي يتعين عليه في حالة وجود تركة لا وارث لها رفع دعوى أمام القضاء العادي لأنه هو الحامي الطبيعي لهذا النوع من الملاك ذو الطبيعة الخاصة[4] وذلك للحصول على حكم يفيد انعدام الوارث ويتم هذا بعد القيام بالتحقيق والتحري عن الملاك والورثة المحتملين ويترتب عن هذا الإجراء تطبيق نظام الحراسة القضائية على هذه الأملاك وفق آجال يحددها القاضي طبقا للتشريع

---

[1] يرد على القول بأن ديون الله تعالى تبقى في ذمة المتوفي بالتالي: صح عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في صحيح بخاري ومسلم حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنمـــا الأعمال بالنية فمن كانت نيته قبل موته تأدية هذه الحقوق سقطت عنه بالموت وانتقلت إلى ورثته في حدود تركته " وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم: " من افترض وهو ينوي الأداء أدى الله عنه " ومجمل القول أن الأمر معقود على نية الهالك في إخراج حقوق الله تعالى.

[2] العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 41.

[3] جاء في نص المادة 89 من المرسوم التنفيذي 454/91 ما يلي: " عملا بالقانون، يطالب والي الولاية التي توجد فيها أملاك التركة الشاغرة باسم الدولة أمام الجهة القضائية المختصة بحق الدولة في وراثة تلك الأملاك ".

[4] حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، ص 47.

المعمول به[1] ثم تدمج الأملاك العقارية بعد ذلك في الأملاك الخاصة التابعة للدولة[2].

الفرع الثاني أركان الميراث وشروطه

أولا- أركان الميراث:

للميراث أركان ثلاثة هي:

1- المورِّث:

وهو الميت الذي ترك مالا أو حقا (Le cujus) وقد يكون المورث من حَكَمَ القاضي بموته مع احتمال حياته كالمفقود الذي عرفته المادة 109 من قانون الأسرة أو كالغائب الذي عرفته المادة 110 ق أ[3] وحسب المادة 115 ق أ لا تقسم أموال المفقود إلا بعد صدور الحكم بموته ولا يصدر هذا الحكم إلا بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة كالموصى له أو الدائن كذلك النيابة العامة لها حق طلب إصدار حكم الفقدان أو الموت دل على هذا نص المادة 114 ق أ وذلك بعد مضي أربع سنوات من يوم الفقدان حسب المادة 113 ق أ والغائب يأخذ نفس حكم المفقود بنص المادة 110 ق أ إذن فالركن الأول في الميراث هو المورث الذي تنطبق عليه حالتان إما أن يتوفى وفاة حقيقية كما سمها النص وإما أن تكون وفاته اعتبارية بحكم القضاء وهي حالتا المفقود (Le disparu) والغائب (L'absent)[4].

---

[1] أنظر المواد 90- 92 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91.

[2] جاء في نص المادة 90 من المرسوم التنفيذي 454/91 ما يلي: " إذا هلك مالك عقار، ولم يكن له وارث أولا يعرف له وارث، تطالب الدولة بالعقار حسب القواعد والإجراءات المنصوص عليها في المادة 51 من القانون رقم 30/90 وفي القانون المدني وقانون الأسرة، ويترتب على الحكم التصريحي الذي يثبت شغور تركة الأملاك العقارية التي تركها الهالك تطبيق الحراسة القضائية على هذه الأملاك خلال الآجال المقررة في القانون وبعد انقضاء الآجال المقررة قانونا عقب الحكم الذي يثبت انعدام الورثة يصرح القاضي بالشغور وإلحاق هذه الأملاك بملكية الدولة، وتثبت إدارة الأملاك الوطنية تحويل ملكية العقار المعني للدولة وتدمج في الأملاك الخاصة بالدولة... ".

[3] أحالت المادة 31 من القانون المدني على قانون الأسرة في شأن المفقود والغائب بنصها على: " تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي ".

[4] المفقود غير الغائب فالمفقود هو الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته أي تجهل حالته هل هو حي أم ميت في حين الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفســه أو بواســطة وذلك خلال مدة سنة فإذا تحقق غياب شخص بهذه الأوصاف خلال مدة سنة سمي أو عد غائبا ويأخذ حكم المفقود.

الوارث (L'héritier):

وهو من ينتسب إلى الميت بسبب من أسباب الإرث ويستحق بذلك نصيبا أو جزء من التركة كثر هذا النصيب أو قَلَ والورثة بغض النظر عن سبب قرابتهم من المورث ثلاثة أنواع الشخص العادي بشرط الحياة. الحمل أو الجنين في بطن أمه وقت افتتاح التركة حسب المادة 128 ق أ والمادة 134 والنوع الثالث هو المفقود الذي لم يحكم بموته حيث يعتبر حيا حسب المادة 133 ق أ.

2 - الموروث (La succession):

هو كل ما يتركه الميت من أموال وحقوق ومنافع قليلة لأن تورث قانونا[1] فقد نصت المادة 682 من القانون المدني على " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية... ".

فنص هذه المادة يبين أن الأشياء[2] ليست كلها تصلح لأن تكون مالا أو محلا للحقوق المالية فهناك أشياء تخرج عن دائرة الصلاحية لأن تكون محلا للحقوق المالية ومثالها الهواء والبحر وأشعة الشمس فهذه الأشياء تخرج عن مسمى التركة كذلك لاستحالة تملكها[*] من المورث ومن ثمة لا تورث لخلفه العام وهذه الأشياء المذكورة آنفا خرجت عن دائرة التملك والتوريث بحكم طبيعتها والنوع الثاني الذي يخرج عن دائرة التوريث هو ما أخرجه القانون فهذا النوع الأخير تُمكنُ حيازته وتملكه من طرف المورث لكن ملكيته له غير شرعية ولا قانونية ومثالها: الخمور ولحم الخنزير والنقود المزيفة وغيرها مما يسمه الفقه الإسلامي بالمال غير المتقوم[3] وبالتالي يكون انتقاله للوارث غير شرعي ولا قانوني لأن القانون لم يعترف بها كحل للحقوق المالية[4].

ثانيا - شروط الميراث:

لأن الميراث سبب للخلافة حيث يخلق الوارث مورثه ويحل محله فيما كان يملكه من الأموال والحقوق ولأنه لا يتصور قانونا أن تجتمع ملكية تامة بجميع عناصرها واستغراقها لكل الملك الواحد

---

(1) أنظر الصفحة 7 من هذه المذكرة.

(2) أنظر علي الخفيف: الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، نشر دار النهضة العربية، 1990، بيروت، هامش ص 16، 17، 18، 19.

(*) مع ملاحظة أنه إذا أمكن حيازة هذه الأشياء وتعبئتها جاز بيعها وجاز انتقالها بالميراث.

(3) وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج4، ص 44.

(4) أنظر نص المادة 96 من القانون المدني الجزائري.

للشخصين في وقت واحد اشترط القانون شروطا ثلاثة:[5] يجب توافرها في انتقال الميراث هي موت المورث حقيقة أو حكما بقضاء القاضي، حياة الوارث بعد موت المورث ولو حكما، كالحمل والشرط الثالث هو عدم موجود مانع منة موانع الإرث وقد دل على ذلك نص المادة 127 و128[1] من ق أ.

1- الشرط الأول- موت المورث:

إن الشخص مادام على قيد الحياة فحقه قائم فيما يملك وثابت له لبقاء أهليته[2] وقدرته على التصرف لذلك أبطل القانون التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إذ جاء فغي نص المادة 92 من القانون المدني "... غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون " وهي حالة الحجر المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة والولاية في المادة 88 ق أ والوصاية بنص المادة 95 ق أ. وبحدوث هذا الشرط (موت المورث) تنتقل أملاكه لورثته إذ تحقق بقية الشروط وموت المورث يتخذ أحد الصور الثلاثة التالية التي يتحقق إحداها بتحقق هذا الشرط.

أ- الموت الحقيقي:

وهو مفارقة الحياة بأن تظهر على الميت علامات تدل على موته كتوقف التنفس وتوقف القلب عن العمل وتوقف وظائف الدماغ وظهور علامات للموت تقدرها الخبرة الطبية في هذا المجال.

ب- الموت الحكمي:

ويكون بحكم قضائي بأن يصدر القاضي حكما بموت مفقود بعد مرور 4 سنوات من البحث والتحري ولا تعرف حياته أو موته بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة[3]

---

[5] ويلاحظ أن المادة 128 ذكرت شرط رابعا هو ثبوت سبب الإرث وقد أجلناه للحديث عنه ضمن موضوع أسباب الإرث.

[1] جاء في نص المادة 128 قانون أسرة ما يلي: " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو محلا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث " أما شرط موت المورث فنصت عليه المادة 127 ق أ بقولها: " يستحق الإرث بموت المورث... ".

[2] نصت المادة 25 من القانون المدني على " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا " وانظر المادة 40 من نفس القانون.

[3] المادة 113 و114 من قانون الأسرة.

وقد دل على نوعي الموت هذين المادة 127 ق أ بقولها " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي "[4].

ج- الموت التقديري:

ويتحقق بالاعتداء على حامل بالضرب مما يتسبب في سقوط الجنين ميتا فإنه يحكم بحياته تقديرا حتى تورث عنه غرته[1] والغرة هي دية الجنين وتقدر بنصف عشر الدية وقد اختلف في شأن توريث الغرة بين المذاهب الفقهية، أما القانون الجزائري فلم يأخذ بالموت التقديري فليس في قانون الأسرة الجزائري سوى نوعين من الموت هما الموت الحقيقي والموت الحكمي[2] وقد أخذ القانون الجزائري في ذلك برأي ربيعة بن عبد الرحمن والليث بن سعد الذين لم يعتبرا بالموت التقديري وحسب هذا الرأي فالغرة لا تورث بل تكون لأمه تعويضا عن جنينها لأن سقوط جنينها بمثابة سقوط أحد أجزائها كما أن الجريمة عليها وحدها[3].

2- الشرط الثاني- تحقيق حياة الوارث بعد موت مورثه:

ولو بلحظة لأن أهليته للتملك في مال مورثه مرهونة بحياته وقد جاء في نص المادة 128 ق أ ما يلي: " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة... " كما جاء في نص المادة 133 ق أ " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون ". وهذا يعني أن أنواع الورثة ثلاثة وهم:

---

(4) أنظر قرار من المحكمة العليا بنفس الحكم برقم 622 125 مؤرخ في 1995/10/24 المجلة القضائية لسنة 1996 العدد 01، ص 117.

(1) الغرة لغة هي الخيار وسميت بذلك لأنها تدفع من خيار المال وأنفسه وأصله حديث المغيرة بن شعبة لما استشار عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - الناس في أملاص المرأة (الاعتداء على حملها) فقال شعبة شهدت النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى فيه بغرة عبد أو أمة فقتال عمر لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة. نقلا عن محمد محدة: مرجع سابق، ص 25.

(2) العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 55.

(3) محمد محدة: مرجع سابق، ص 26. ومحمد مصطفى شلبي: مرجع سابق، ص 74-75.

أ- الوارث العادي:

وهو كل من خوله القانون أن يكون وارثا في مال المورث بالأسباب المحصورة قانونا حسب المادة 126 ق أ وهي القرابة والزوجية مع تحقق حياته بعد موت مورثه ولو بلحظة لأنه حسب المادة 129 من قانون الأسرة إذا توفى اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك قبل الآخر فلا يرث أحدهما الآخر[4].

والمستخلص من نص المادة الفارطة أنه إذا مات اثنان أو أكثر ممن يرث بعضهم البعض بناء على سبب من الأسباب المذكورة في المادة 126 ق أ ولم يعلم أي واحد منهما مات قبل الآخر وتتحقق هذه الصورة بمناسبة غرق سفينة مثلا كان على متنها شخصان أو أكثر يتورثان ولم يعلم أيهم أسبق في الموت غرقا فإنهما لا يتورثان لعدم إمكانية التحقق من شرط حياة الوارث بعد موت مورثه[1].

ب - الوارث يكون حملا:

دل على هذا النوع من الورثة المادة 128 ق أ بقولها: "... أو حملا وقت افتتاح التركة... " فتبين من النص أن الحمل يرث لكن بشرط ذكرته المادة 134 ق أ بنصها على " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة ".

فإذا مات شخص ما وخلق زوجته حاملا فإذا انفصل هذا الحمل عن أمه حيا أخذ نصيبه من الميراث لتحقق حياته وقت وفاة مورثه لكن إذا انفصل ميتا لا يرث لعدم تحقق حياته بعد مورثه وقد ذكر المشرع علامات تعرف بها حياة الوليد حديثا بصورتين هما استهلاله صارخا[2] بعد نزوله من أمه والصورة الثانية هي ظهور علامة الحياة كالحركة وغيرها... .

---

[4] جاء في قرار المحكمة العليا رقم 318 219 مؤرخ في 1999/03/16 المجلة القضائية لسنة 2000 العدد 02، ص 183 ما يلي: " من المقرر قانونا أنه إذا توفى اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهما هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث أم لا... ".

[1] عبر الفقهاء عن هذه الحالة (عدم معرفة من سبق إلى الوفاة) بقولهم: لا توارث بين العرقى والحرقى والهدمى، مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 73.

[2] عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " صياح المولود حين يقع نزعة من الشيطان " رواه مسلم، وذهب الشيخ وحيد عبد السلام بالي في كتابه وقاية الإنسان من الجن والشيطان لضرورة استهلال كل مولود صارخا لنخسة الشيطان إلا عيسى بن مريم (وجميع الأنبياء) مستشهدا بقول النووي والقاضي عياض بذلك وقد استدل على قوله هذا بمجموعة من الأحاديث الصحيحة منها: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " كل بني آدم يطعن في جنبه بإصبعيه حين يولد غير عيسى بن مريم ذهب بطعن فطعن في الحجاب " رواه البخاري، فتح الباري لابن حجر، المجلد 6، ص 337. وفي حديث آخر عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ما من مولود يولد إلا نخسه الشيطان فيستهل صارخا من نخسة الشيطان إلا ابن مريم وأمه " ثم قال أبو هريرة اقرؤوا إن شئتم قوله تعالى: " وإني أعيذها بك وذريتها من

ج- الوارث مفقودا لم يحكم بعد بموته:

جاء في نص المادة 133 من قانون الأسرة " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون ".

فمن فُقِدَ ولم تمضي على فقدانه 4 سنوات مدة البحث والتحري في حالة طلب أحد الورثة أو من له مصلحة باستصدار حكم يقضي بوفاته فيعتبر طيلة هذه المدة حيا حسب المادة 133 وله الحق في أن يرث من مورثه الميت ما لم يحكم القاضي بموته فقد نصت المادة 111 من قانون الأسرة على " على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث... " فالشهد من النص أن المفقود يرث من مورثه الهالك وينوب عنه في استلام ما يستحق من الميراث المقدم الذي يعينه القاضي لذلك والذي حددت مهامه المادة 100 من قانون الأسرة.

3- الشرط الثالث- خلو الوارث من الموانع:

وموانع الإرث هي عبارة عن أوصاف وأحوال تنزل بأحد الورثة الشرعيين فتمنعه من استحقاق الإرث وموانع الإرث (L'indignité successorale) حصرتها المادة 135 ق أ، والمادة 138 منه بقولها.

المادة 135 " يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم

1- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريك

2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه

3- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية ".

أما المادة 138 فنصت على " يمنع من الإرث اللعان والردة "

فحسب القانون الجزائري هناك ثلاث حالات يمنع بها الوارث من الميراث هي القتل العمد أو التسيب فيه أو العلم به دون الوقوف دونه أو منعه بإخبار السلطات، الحالة الثانية هي اللعان، والحالة الثانية هي الردة وسنتعرض لكل حالة بأكثر تفصيل عند معرض حديثنا عن موانع الإرث في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

أسباب الميراث وموانعه

الشيطان الرجيم " متفق عليه، أنظر عبد السلام بالي: وقاية الإنسان من الجن والشيطان، نشر دار الإمام مالــك، الجزائر، د ت، ص 137.

أولا - أسباب الميراث:

يجمع الفقه الإسلامي على أن أسباب الإرث ثلاثة هي القرابة والزوجية والولاء وأسباب الإرث هي مؤهلات[1] ودرجات في علاقة الوارث بالمورث إذا تحققت هذه العلاقات صح للوارث ميراثه من مورثه.

[1] محمد العمراني: المراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال النشر والإشهار الجزائر، 2000، ص 37.

1- القرابة أو النسب[1]:

هي كل صلة سببها الولادة وتشمل فروع الميت وأصوله[2] ويقصد بأصول الميت من لهم عليه ولادة مباشرة كالأب والأم أو بواسطة محض الذكور من جهة الأب ومحض الإناث من جهة الأم فبمحض الذكورة يرث أبو أبي الأب وهو جد الجد من جهة الأب وإن علا[3] ولا يرث أبو أم الأب وترث أم الأم وأم أمها وإن علت[4] بمحض الإناث، والفروع هم ما تناسل عن الميت مباشرة من الذكور والإناث وما تناسل عنه بواسطة الذكور كابن الابن وأن نزل وبنت الابن دون فروعها. وبذلك يشمل الميراث بسبب النسب الأتي:

أ- الأصول: الآباء وآبائهم والأمهات.

ب- الفروع: الأولاد وأبناءهم ذكورا وإناثا.

ج- الحواشي: الاخوة والأخوات الأشقاء ولأب ولأم، وأبناء الاخوة دون الأخوات.

د- فروع الجد: الأعمام وأبناءهم الذكور فقط والباقي من الأقارب غير المذكورين هم ذوو الأرحام مثل ابن البنت وابن بنت الابن ابن الأخت بنت العم، العمة، الخال والخالة... وغيرهم مع فروعهم.

2- الزوجية[5]:

هي علاقة بين الرجل والمرأة تنشأ نتيجة عقد زواج صحيح قائم بينهما حقيقة وقت الوفاة أو حكما في حالة المعتدة من طلاق رجعي[6] متى كانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي والتوارث بين

---

[1] جاء في قرار مؤرخ في 1966/02/20 المجلة الجزائرية لسنة 1968 العدد 4 منها، ص 227 ما يلي: " من المقرر شرعا بأن القرابة هي سبب من الأسباب الشرعية للميراث وأنه يمكن إثباتها بجميع الوسائل الشرعية الممكنة " نقلا عن حمدي باشا عمر: القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، سنة 2003، ص 187.

[2] وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج8، ص 249.

[3] نصت المادة 141 ق أ على " لا يرث من الرجال الأب والجد للأب وإن علا... ".

[4] جاء في نص المادة 142 ق أ "... والأم والزوجة والجدة من الجهتين وإن علت... ".

[5] أنظر قرار من المحكمة العليا برقم 664 مؤرخ في 1993/04/27 المجلة القضائية 1994 العدد 01، ص 68 جاء فيه: " من المستقر عليه شرعا وقضاء أن العلاقة الزوجية هي سبب من أسباب الميراث... ".

[6] محمد مصطفى شلبي: مرجع سابق، ص 62.

الزوجين قائم حتى ولو لم يقع بناء حسب المادة 130 ق أ[1] وإذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين حسب المادة 131 ق أ ويكون الزواج باطلا متى توفرت حالة من الحالات المذكورة في المواد من 24 إلى 34 من قانون الأسرة.

والجدير بالذكر أن القانون الجزائري لا يعترف بغير هذين السببين للميراث وهما القرابة والزوجية في المادة 126 ق أ بقولها: " أسباب الإرث: القرابة والزوجية " ولم يأتي على ذكر الولاء الذي لم يبقى له وجود في المجتمع الإسلامي والولاء هو:

3- الولاء:

هو قرابة حكمية أنشأها الشرع بين المعتق وعتيقه بسبب العتق[2] فالسيد إذا أنعم على عبده بالحرية ورفع عنه قيد العبودية صيره بذلك أهلا للولية والتملك بعد ما كان محروما منها فجعل الشارع في مقابل هذا العتق لسيد هذا المعتوق ولاء عليه مقام القرابة النسبية ويرثه إذا مات من جانب واحد السيد يرث من عتقه، وكما سبق الذكر ثم الاستغناء عن هذا السبب من أسباب الميراث لانعدامه في عصرنا الحالي[3].

ثانيا- موانع الميراث:

سبق تعريف موانع الإرث[4] التي هي أوصاف وحالات إذا قامت بأحد الورثة حالت بينه وبين الميراث ولو توفرت جميع أركانه وشروطه وقد عرفت موانع الميراث شرعا بأنها: ما تفوت به أهلية الإرث مع قيام سببه[5].

وموانع الإرث محل خلاف بين الفقهاء في عددها وقد أقر المالكية بسبعة منها[1] جمع أحدهم في قوله (عش لك رزق)[2].

---

(1) جاء في نص المادة 34 قانون أسرة ما يلي: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء " ويفهم من المادة أن لا توارث بين الزوجين هنا لأن العقد أصلا باطلا في حالة عدم الدخول بها فلو عقد شخص عقد زواج على إحدى المحرمات التي لا يحل له زواجها ثم فسخ قبل الدخول ومات من عقد عليها فلا عدة لها ولا إرث كمس غير المحرمة عليه فإنها لا تعتد لعدم الدخول لكنها ترث لأن العقد صحيح.

(2) محمد العمراني: مرجع سابق، ص 40.

(3) جمع أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد بن الحسن الرحبي في رسالته الرحبية أسباب الميراث في بيتين من الشعر على النحو التالي:

أسباب ميراث الورب ثلاثة — كـــل يفيد ربـــه الوراثـــة

وهي نكـــاح وولاء ونسب — ما بعدهن للمواريث سبب

أنظر محمد بن علي الرحبي: شرح الرحبية في الفرائض، مؤسسة الكتاب الثقافية، لبنان، سنة 1997، ص 25.

(4)

(5)

- فالعين - لعدم الاستهلال (نزول الجنين من بطن أمه ميت)
- الشين - للشك في أسبقية الوفاة بين الوارث والمورث
- اللام - للعان: إذا لاعن الزوج زوجته ونفى نسب الابن له كان مانعا من الميراث
- الكاف - للكفر: اختلاف الدين إذ لا توارث بين المسلم والكافر في الاتجاهين
- الراء - للرق: لأن العبد إذا مات لا يترك شيئا يورث عنه لأنه هو وماله ملك لسيده والرق غير موجود حاليا.
- الزاي - للزنا: حيث يمنع ولد الزنا من الميراث بالنسب إلا من أمه ولا يرث من اخوته إلا عن طريق الأم كذلك.
- والقاف - للقتل: وصورته قتل الوارث مورثه استعجالا للميراث فعوقب بنقيض قصده الحرمان من الميراث.

وحصرت موانع الميراث في القانون الجزائري على الحالات التالية حسب المادة 135 قانون أسرة والمادة 138 منه وهي ثلاث حالات قتل المورث عمدا وعدونا، اللعان، الردة.

1 - المانع الأول - القتل العمدي للمورث Homicide volontaire:

وهو إزهاق روح المورث المعصوم الدم عنة طريق مباشر أو بالتسبب وقد أجمع الفقهاء على أن القتل العمد العدوان مانع من الميراث واختلفوا فيما عداه.

حيث ذهب طائفة من الفقهاء إلى عدم توريث القاتل مطلقا سواء كان القتل عمدا أو خطأ وهم الشافعية[3] وذهبت فئة أخرى من الفقهاء إلى توريث القاتل من مال مورثه الذي قتله وسندهم في ذلك عدم وجود ما يمنع القاتل من الإرث في كتاب الله وهم الخوارج، ويرد على هذا الرأي بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " لا يرث القاتل شيئا "[1] وذهبت كوكبة أخرى إلى أن كل قتل موجب للقصاص أو الكفارة يكون مانع للميراث وهو رأي الأحناف والحنابلة إذ يقترب المذهبان من بعضهما في هذا الشأن حيث تكون الكفارة في شبه العمد أي القتل شبه العمدي ويتحقق بأن يقصد الشخص الفعل دون

---

[1] محمد محدة: مرجع سابق، ص 33.

[2] كما جمعها أحدهم في أبيات شعرية بقوله:

ويمنع الإرث بوصف الرق — والقتل عمدا أو بشك السبق

أو عدم الاستهلال أو لعان — كذا الزنا تخالف الأديان

[3] يرد على هذا الرأي بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " يقع على أمتي الخطأ والنسيان وما استكره عليه " وقوله عز وجل: " ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ".

[1] أنظر الشوكاني: نيل الأوطار، المجلد الثالث، ج6، دار الجيل، بيروت، دت، ص 74.

النتيجة لمن يضرب مورثه بعصا غير قاصد قتله، فيموت فهذا النوع من القتل يكون موجبا للكفارة ومنه يكون مانع للميراث.

والقتل الخطأ كمن يرمي صيدا ببندقية فيتبين أنه إنسان (مورثه) كذلك موجبا للكفارة وهو مانع من الميراث أما الحالة الثالثة هي ماخلا من القصد تماما ولم يقصد الفعل كذلك كسقوط نائم من أعلى على مورثه فيقتله فهذه الحالة كذلك موجبة للكفارة وهي مانعة للإرث كذلك.

أما الحالة التي يجوز فيها توريث القاتل هي القتل دفاعا عن النفس أو العرض أو المال فيعتبر عندهم قتل بحق وبالتالي لا قصاص ولا كفارة تترتب عليه ويرث صاحب هذه الحالة.

ويتبين مما سبق أن هذا الرأي يفرق بين نوعين من القتل، القتل بحق وهو قائم في صورة الدفاع عن النفس والمال والعرض، والقتل بغير حق ولو لم يتقصد القاتل ذلك مثل القتل الخطأ وهذا فيه تجاوز كبير لنصوص الشريعة حيث صح عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: " إنما الأعمال بالنيات "[(2)]، وقوله: " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكره عليه "[(3)]، وقوله عز وجل قبل هذا في أواخر سورة البقرة: " ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ".

وتذهب الطائفة الرابعة إلى التفريق بين القتل العمد والقتل الخطأ وهم المالكية حيث قالوا لا يرث في العمد العدوان شيئا ويرث في القتل الخطأ ماعدا الدية.

[(2)] حديث صحيح إخراجه، البخاري باب بدء الوحي، ومسلم باب الإمارات، وانظر محمد صالح العتمين: التعليقات على الأربعين النووية، دار الإمام مالك، الجزائر، 2001، ص 5.

[(3)] لفظ الحديث هو: " إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " نقلا عن محمد إبراهيم شقرة: المجتمع الرباني، قصر الكتاب، البليدة، ص 135، والحديث في صحيح الجامع برقم 1731.

والمشرع الجزائري في هذا الشأن تبنى رأي الفقه المالكي لاعتداله في هذه المسألة حيث أكدت المادة 137 ق أ على توريث القاتل خطأ بنصها على " يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض " فالقاتل خطأ لمورثه يرثه لكن لا حق له في الدية التي قد يدفعها هو أو التعويض الذي تدفعه جهات وشركات التأمين[1] والقتل العمد[2] العدوان حسب المادة 135 ق أ يكون إما مباشرا أو بالتسبب، فالمباشر يتحقق بأن بتعمد الإنسان ضرب مورثه بما يقتل غالبا أو يخنقه أو يسممه[3] أو يمنع عنه الطعام أو إلقاؤه في نهر مع علمه أنه لا يحسن السباحة فهو فعل متعمد للقتل وقد يكون القتل نتيجة الفعل المعنوي المنصوص عليه في المادة 41 من قانون العقوبات فقد أخذ المشرع الجزائري بالفعل المعنوي في الجريمة[4] ولو لم يقم الشخص بأي عمل مادي يدخل في تكوين الجريمة والفعل المعنوي له عدة صور أشار المشرع إلى واحد منها صراحة وهو التحريض. إذ يعتبر المشرع الجزائري المحرض على القتل فاعلا أصليا وليس شريكا[5] عكس التشريع الفرنسي والمصري الذي يعتبر المحرض مجرد شريك فمنذ تعديل المادتين 41 و42 من قانون العقوبات بموجب القانون رقم 04/82 المؤرخ في 1982/02/13 أصبح المحرض فاعلا أصليا للجريمة[6].

أما المادة 42 ق ع فقد عرفت الشريك وذكرت أحواله وهذا ما أشارت له المادة 135 ق أ في فقرتها الأولى بقولها: " قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا ".

كما تطرقت المادة إلى صور أخرى للقتل غير المباشر كشهادة الزور التي تؤدي إلى الحكم بالإعدام[7] وتنفيذه وكذلك صورة العلم بالقتل أو تدبيره ولم يخبر السلطات المعنية بمعنى التكتم على الجريمة التي ستقع على مورثه لأن الوارث في كل هذه الحالات اعتبره المشرع مستعجلا لحصوله على تركة مورثه وهذا يدفعه إلى قتل مورثه أو التسبب في قتله أو العلم بقتله ولم يحل دون ذلك ولو

---

[1] جاء في قرار المحكمة العليا رقم 770 24 المؤرخ في 1982/04/14 المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 04، ص 55، "... فإن التعويض لا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارثا كان أو غير وارث ولخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر " وحسب نص المادة 137 ق أ بمفهوم المخالفة أن غير القاتل يرث من الدية والتعويض كذلك من النص دخول الدية والتعويض في مسمى التركة.

[2] عرفت المادة 254 من قانون العقوبات القتل بقولها: " القتل هو إزهاق روح الإنسان عمدا " كما تناولت المادة 288 ق ع القتل الخطأ.

[3] عرفت المادة 260 من قانون العقوبات: " التسميم هو الاعتداء على حياة إنسان بتأثير مواد يمكن أن تؤدي إلى الوفاة عاجلا أو آجلا... ".

[4] أنظر أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 144.

[5] أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 144.

[6] نفس المرجع والصفحة.

[7] أنظر المادة 232 من قانون العقوبات.

بإخبار السلطات المعنية فجزاء له عاقبه المشرع بنقيض قصده وفقا للقاعدة (من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه).

2- المانع الثاني- اللعان L'anathème:

اللعان مأخوذ من اللعن[1] في قوله تعالى في سورة النور الآيات 6 إلى 9: " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين. ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين "[2].

فإذا رمى الرجل زوجته بالزنا ولم تقر هي وكذبته شرع لهما اللعان أمام ولي الأمر[3] حيث يشهد الرجل أربع شهادات بالله أنه لصادق وفي الخامسة يلعن نفسه إن كان من الكاذبين وتبرأ المرأة لو حلفت[4] كذلك بالله أربع شهادات إنه لكاذب مفتري عليها وفي الخامسة تلعن نفسها إن كان زوجها صادق لأجل هذا سميت اللعان لأن الرجل والمرأة في مثل هذا الموقف يلعن كلا منهما نفسه في الخامسة وسمي المتلاعنان لما يعقب اللعان من الإثم والإبعاد لكون أحدهما كاذب، فيكون ملعونا كما قد يقصد باللعان الإبعاد لأن كل واحد منهما يبعد عن صاحبه بتأبيد التحريم[5] وقد تعرض قانون الأسرة الجزائري للعان ولو تلميحا[6] في المادة 41 منه بقولها: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة " فالطرق المشروعة حسب المادة في اللعان فالزوج كما أسلفنا إذا اتهم زوجته بالزنا ولم يكن لديه إثبات على ذلك أو نفى ولده منها أو نفى حمل زوجته فلابد من اللعان لنفي هذا الحمل فيفرق القاضي بينهما ولا توارث بينهما لانتفاء الزوجية باللعان[7] وقد جاء

---

[1] السيد سابق: مرجع سابق، المجلد الثاني، ص 270.

[2] جاء في كتاب أسباب النزول للسيوطي أن سبب نزول الآية ما أخرجه البخاري عن طريق عكرمة عن أبن عباس أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم. فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: " البينة أوحد في ظهرك ، فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا مع امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول: البينة أوحد في ظهرك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد، فنزل جبريل، فأنزل الله عليه (والذين يرمون أزواجهم) فقرأ حتى بلغ (إن كان من الصادقين) "، أنظر السيوطي: أسباب النزول، نشر مؤسسة الإيمان، بيروت، د ت، ص 308 حاشية.

[3] مراد شكري: المنخلة النونية في فقه الكتاب والسنة النبوية، دار الحسن للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 172.

[4] يرى الإمام مالك والشافعي وجمهور العلماء أن اللعان يمين، السيد سابق، مرجع سابق، ص 272.

[5] السيد سابق: مرجع سابق، نفس الصفحة.

[6] إذا استثني التصريح باللعان في نص المادة 138 ق أ.

[7] العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 60.

في نص المادة 138 قانون أسرة " يمنع من الإرث اللعان... " أم الطفل المنفي نسبه فلا يرث ممن نفى نسبه وإنما يرث من أمه فقط إذ باللعان لا يبق له سوى الانتساب لأمه[1].

وقد أضاف القانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم 11/84 في مادته 40 فقرة جديدة تنص على " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " وهذا معناه إمكانية إذا نفى الزوج نسب الحمل القائم بزوجته جاز للقاضي الأمر بفتح تحقيق أو بتعيين خبرة تتأكد من انتساب الولد أو الجنين لأبيه من عدمه بالوسائل العلمية والطبية المتاحة في عصرنا بما يسمى علم الجينات والموروثات (الحمض النووي) إذ يمكن بواسطة هذا العلم معرفة ما إذا كان هذا الولد أو الجنين هو من هذا الرجل أو من غيره وبذلك يتحقق من النسب علميا (ولست أتبين مدى انسجام هذه الفقرة من المادة بقاعدة عدم جواز أخذ الدليل من جسم الجاني)؟ فهو موضوع قابل للدراسة.

3- المانع الثالث الردة L'apostasie:

الردة هي إبدال دين بدين وعقيدة بعقيدة[2] أو هو الذي كان مسلما وترك الإسلام طواعية منه[3] فالردة هي خروج المسلم عن دينه وإعلانه الكفر وحكم المرتد الذي أمهل ثلاثا بعد وتوضيح ما أغمض عليه من أمر الدين كأنه ميت أو في حكم الميت ولا يرث لأنه لا أهلية له في التملك كذلك المرتد بما أنه في حكم الميت فلا يرث ولا يورث[4] حيث يرى الإمام مالك أن تذهب أمواله إلى بيت مال المسلمين[5] (الخزينة العامة) وقد نص المشرع الجزائري على عدم قيام التوارث بين المرتد وورثته في المادة 138 ق أ " يمنع من الإرث اللعان والردة ".

سبقت الإشارة إلى أن المالكية يقرون بسبعة موانع للميراث هي: عدم الاستهلال، والشك، واللعان، والكفر، والرق، والزنا والقتل.

وقانون الأسرة الجزائري كما سبق بيانه لا يقر إلا بثلاث موانع هي القتل والردة واللعان وعليه يكون القانون الجزائري التقى من الفقه المالكي تحديدا في اللعان، والقتل بوجه صريح، أما الكفر فيمكن إدخاله في الردة لأن المرتد عن دينه كافر أما الكفر الأصلي أي نشوء وارث مثلا في بلاد الكفر

---

(1) محمد محدة: مرجع سابق، ص 49.

(2) أبو الحسن علي الحسن الندوي: ردة... ولا أبا بكر لها، منشورات الشروق، باتنة، الجزائر، 1990، ص 5.

(3) محمد محدة: مرجع سابق، ص 44.

(4) العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 61.

(5) محمد محدة: مرجع سابق، ص 46.

كمن يتزوج في بلاد غير إسلامية ثم يخلّف من زوجته غير المسلمة[1] ويترعرع هذا المولود على دين أمه الكتابية وحتى حكم الزوجة غير المسلمة بالنسبة للإرث من زوجها المسلم أو ولدها المسلم أو يرثونها لم يرد في القانون حكما يتناول هذه الحالات لكن صدر عن القضاء الجزائري قرار برقم 509 33 بتاريخ 1984/07/09[2] هذا نصه " من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث ولكنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي... " وعليه يكون اختلاف الدين سبب لعدم التوارث.

أما عدم الاستهلال: وهو نزول الجنين من بطن أمه ميت فلم يدخله المشرع كذلك ضمن موانع الإرث المصرح بها لكنه تناول أحكامه في المادة 134 قانون أسرة بنصها على " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا... " ومنه يتبين أن مانع عدم الاستهلال متضمن في القانون الجزائري الشك، ويثور عندما يموت اثنان أو أكثر ممن يتوارثون كالأب والابن ولا يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر في الشريعة الإسلامية (هو مانع من الميراث) كذلك لم يضمّنه القانون الجزائري ضمن موانع الإرث لكن نصت على كونه مانع من الإرث المادة 129 قانون أسرة بقولها: " إذا توفى اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر... ".

مع ملاحظة أنه إذ كان الهالكان والدا وابنه فإنه يعمل بأحكام التنزيل حيث ينزل ورثة هذا الابن منزلة أبيهم في إرث جدهم على أن تكون أسهم الأحفاد بمقدار حصة أصلهم دل على ذلك أحكام المواد 169 إلى 172 من قانون الأسرة.

وحكم الزنا أو ولد الزنا يمكن إدراجه في مانع اللعان وولد الزنا هو من أتت به أمه بعلاقة غير شرعية فهو نتاج اتصال غير شرعي فلا يرث من أبيه الطبيعي لأنه ليس أبا شرعيا له لكن التوارث بينه وبين أمه ثابت ويمكن في هذه المسألة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية استنادا إلى نص المادة 222 قانون أسرة حيث روى الترميذي هذا الحديث " عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: أيما رجل عَاهَرَ بحرة أو أمة فالولد ولد زنا لا يرث ولا يُورث " [3] وقال الشوكاني في النيل يكون ميراثه لأمه[4].

---

(1) لا يجوز للمسلمة زواج غير المسلم، أنظر المادة 30 قانون أسرة ويجوز جاوز المسلم (الرجل) من غير المسلمة بشرط أن تكون من أهل الكتاب، كتابية نصرانية أو يهودية لقوله عز وجل: " اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب... ".

(2) المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 03، ص 60.

(3) الشوكاني: نيل الأوطار، المجلد الثالث، ج6، ص 66، قال الشوكاني في إسناد هذا الحديث أبو محمد عيسى بن موسى القرشي الدمشقي قال عنه البيهقي ليس بمشهور.

(4) الشوكاني: نفس المرجع، ص 67.

المانع الأخير في الشريعة هو الرق والمشرع الجزائري لم يذكره لأنه لم يبق له محل فقد زال بزوال نظام الرق وإذا كان له مقتضى مستقبلا فحكمه قائما في الشريعة وفي القانون بنص المادة 222 قانون أسرة.

بعد كل هذا نشير إلى أن المادة 136 قانون أسرة نصت على " الممنوع من الإرث للأسباب المذكورة أعلاه لا يحجب غيره " وهذا يعني أن من قام به مانع من موانع الإرث من الورثة فإن وجوده لا يؤثر في غيره من الورثة بالحجب[1] سواء كان حجب حرمان أو حجب نقصان لأنه يعتبر كالميت والميت لا أثر له في غيره ومثاله أب له ابن وبنتين قتله ابنه فأصبح محروم من الميراث بالقتل فترث البنتين نصف التركة ولو كان الابن غير محروم لحجبهما حجب نقصان فيرثوا لذكر مثل حظ الأنثيين. هذا بالنسبة لحجب النقصان وحجب الحرمان يكون في الصورة التالية: رجل له ابن وأخوان شقيقان إذا هلك يرثه ابنه واخوته الأشقاء محجبون حجب حرمان أما لو هلك الأب والابن معا في حادث فإن الاخوة يرثون كذلك لو ارتد هذا الابن عن دينه فلا يرث من أبيه الهالك ولا يؤثر وجوده في ميراث الاخوة الأشقاء، ومجمل القول أن المحروم من الميراث بنزول مانع به لا أثر له في الميراث ويقسم الميراث كما أن هذا المحروم غير موجود.

ونختم القول في نهاية هذا المبحث بالقول أن نظام الميراث متفق عليه بين الشرائع السماوية والشرائع الوضعية[2] ذلك أن نظام الإرث يقوم على أساس من الفطرة والعدل، فمن فطرة الإنسان اهتمامه بذريته وقرابته ورغبته في توفير ما يستعينون به في حياته وحتى بعد موته. والإرث يحقق له هذا المطلب الفطري كما أنه من العدالة أن تكون أموال الشخص بعد موته لمن كانوا السبب في وجوده وهم أبواه ولمن كان السبب في وجودهم وهم أبناؤه، فالموت يقطع حاجة الإنسان للمال ولا عدل من جعل من يخلفه في هذا المال من تربطه بهم روابط القرابة والمصاهرة.

وقد وضع الإسلام أصولا لهذا النظام المحكم كما فصل الكثير من أحكامه إذ جاءت السنة بكثير من المسائل مكملة ومتممة لما أجمله القرآن كما أجمع الصحابة على بعض الأحكام فلم يبق للاجتهاد مكان، والمشرع الجزائري تناول أحكام الميراث في الكتاب الثالث من قانون الأسرة حيث تعرض له بالتفصيل الدقيق مبينا أحكامه وأسبابه وموانعه وأصناف الورثة وأحوالهم مستندا في ذلك إلى أقوال الفقهاء في الشريعة الإسلامية وعليه فقانون الأسرة الجزائري لا يعتبر تشريعا وضعيا خالصا بل مجمل أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية بل حتى ما لم يرد فيه نص قانونيا أحالت المادة 222 قانون أسرة في أحكامه على الشريعة الإسلامية.

---

[1] الحجب هو: منع شخص معين من ميراثه كله أو بعضه بسبب وجود شخص آخر لحجبه، أنظر العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 64.

[2] محمد مصطفى شلبي: مرجع سابق، ص 9.

المطلب الثاني

الشروط المستوجبة قانونا في انتقال عقارات التركة

بينا في المبحث الثاني من الفصل التمهيدي أن المشرع الجزائري يفرض في المعاملات الواردة على العقارات ركنا رابعا هو الشكلية كما أوضحنا أنه يوجب شروطا لا تنهض المعاملات العقارية إلا بها، وهي التسجيل والشهر بل ذهبت المادة 793 من التقنين المدني إلى اعتبار عملية انتقال العقار لا تتم إلا بالشهر فهو المحدث للأثر العيني وتطبيقا لهذا جاء في القرار القضائي رقم 113840 المؤرخ في 1994/02/07 ما يلي: " من المقرر قانونا أنه لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية ولاسيما التي تدير مصلحة الشهر العقاري... ".[1]

فالشهر له دور أساسي يتمثل في إتمام نقل الملكية حتى بين الأطراف، ولكون التركة قد تحوي عقارات يُخلفها الهالك يرثها كما أسلفنا الورثة الشرعيين ما توافرت فيهم الشروط والأحكام التي أثبتناها سابقا.

فكيف يتم هذا الانتقال لعقارات التركة من المورث إلى الوارث لاسيما وهو انتقال بين ميت وحي (بسبب الوفاة)؟ وهل يفرض في هذا الانتقال العقاري ما يفرض عادة من أركان وشروط أم يتميز هذا النوع من الانتقال العقاري بميزات وخصائص؟ بمعنى انتقال العقارات بسبب الوفاة عن طريق الإرث هل توثق وتسجل وتشهر أم تشذّ عن هذه القواعد المقررة قانون في انتقال العقار؟

ونجيب عن هذا التساؤل في الفروع التالية:

الفرع الأول

توثيق انتقال عقارات التركة

أحسن ما يجب أن نبدأ به في هذا المقام هو طرح السؤال التالي: هل توثق عملية انتقال عقارات التركة من المورث الهالك إلى الوارث؟

والإجابة عن هذا السؤال تكون بالإيجاب: نعم توثق عملية الانتقال العقار من السلف إلى الخلف العام عن طريق الميراث وفق التالي:

---

[1] المجلة القضائية لسنة 1994 العدد 02، ص 158، نقلا عن حمدي باشا عمر: القضاء العقاري، دار هومة، 2003، ص 12.

أولا: جاء في نص المادة 30 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري ما يلي: " يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحيازة أو هذا الشغل ".

وهذا يعني أن على الوارث الذي انتقلت له ملكية العقارات ضمن التركة حيازة سند يثبت أحقيته في هذه العقارات، وقد اشترطت المادة 324 مكرر 1 أن يكون هذا السند في شكل رسمي لأنه متضمن انتقال ملكية عقارية إذ نصت على: "... يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية... في شكل رسمي... " ومن المعلوم أن الشكل الرسمي هو العقد الرسمي الذي يقوم بتحريره موثق كما دلت عليه المادة 03 من قانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق بنصها على " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة "[1].

والوسيلة (التقليدية) التي يستطيع الوارث بواسطتها إثبات أحقيته في عقارات مورثه ومنقولاته هي الفريضة هذه الأخيرة التي يقوم بإعدادها موثق لكن الفريضة الشرعية لا تمكّن الوارث من التصرف في العقارات التي ورثها إلا بعد إجراء آخر هو طلب إعداد الشهادة التوثيقية لأنها هي الوحيدة التي تمكنه من التصرف في العقارات التي ورثها حيث جاء في نص المادة 88 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ما يلي: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق التصرف... " فالظاهر من هذا النص أن ما أسمته شهادة الانتقال عن طريق الوفاة وهي الشهادة التوثيقية[2] هي الوحيدة التي تخول الوارث حق التصرف في عقارات التركة الموروثة وبما أن الشهادة التوثيقية يقوم بإعدادها موثق بناء على طلب الورثة وبما أن الشهادة التوثيقية تتضمن انتقال عقارات التركة[3] فإن انتقال عقارات التركة توثق بالشهادة التوثيقية وهي تتضمن وجوبا حسب المادة 62 من المرسوم 63/76 ما يلي ذكر الحالة المدنية للمتوفي والتصديق عليها وذلك بذكر

---

[1] أنظر في ذلك الصفحة من مذكرتنا هذه.

[2] الشهادة التوثيقية من العقود التصريحية Les actes déclaratives: وهي وسيلة فتية وأداة تمكن من شهر حق الإرث يقوم بإعدادها موثق بناء على طلب أحد الورثة أو الموصى لهم تناولت أحكامها كل من المواد 39، 46، 47، 61، 62، 73، 74، 88، 91، 99، 107 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

[3] نص المادة 62 من مرسوم 63/76 هو: " كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف، ويجب أن يصادق على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية الأطراف موثق أو كاتب ضبط أو سلطة إدارية في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء "، وفيما يخص الشهادات بعد الوفاة يجب الإشارة إلى الحالة المدنية والتصديق عليها بالنسبة للمتوفي وبالنسبة لكل واحد من الورثة أو الموصى لهم.

الاسم واللقب والموطن كما يذكر فيها كذلك أسماء وألقاب وموطن وتاريخ ميلاد ومهنة كل وارث بالاستناد إلى الفريضة المعدة بعد الوفاة، كما يذكر فيها العقارات[1] الموروثة المراد إعداد شهادة توثيقية بشأنها اعتمادا على عقودها الرسمية[2].

ثانيا: نصت المادة 91 من المرسوم 63/76 على " كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة، وينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كل أو جزء من تركة... ".

يستفاد من هذا النص كذلك أن انتقال أو إنشاء أو انقضاء الحقوق العينية ومنها حق الملكية يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة إذ كان هذا الحق سببه واقعة الوفاة، كما يستفاد من النص أن الموثق هو المخول قانونا إعداد هذه الشهادة وفيه زيادة بيان على أن انتقال العقار بواقعة الوفاة إلى الورثة يوثق لأن المادة فرضت أن يثبت هذا الانتقال عن طريق شهادة موثقة كما أوجبت على الموثق إصدار هذه الشهادة بطلب من الورثة إذن لا أدل على أن انتقال عقارات التركة من الهالك إلى الوارث توثق من تسمية الشهادة المثبتة لهذا الانتقال بالشهادة التوثيقية كما أن إصدارها يكون من طرف الموثق ومن المعلوم أن ما يحرره ويمهره الموثق يختمه يكون توثيقيا.

الفرع الثاني

تسجيل حقوق انتقال عقارات التركة

تعرضنا في المطالب السابقة إلى وجوب تسجيل العقود والسندات المثبتة للتصرفات الواردة على عقارات حيث تسجل هذه العقود والسندان لدى مصلحة التسجيل والطابع على مستوى مديرية الضرائب وبيّنّا أن المادة 10 من قانون 02/06 المتضمن مهنة الموثق أوجبت على الموثق ضرورة تسجيل كل العقود والسندات التي يقوم بتحريرها حيث جاء فيها " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر العقود... " وبما أن الشهادة التوثيقية يقوم بإعدادها موثق فإنه يستوجب عليه تسجيلها. ونجد المادة 58 و60 من قانون التسجيل تحملان نفس المعنى في ضرورة تسجيل الموثق لكل العقود والسندات التي يحررها ويصدرها بمناسبة المعاملات العقارية. أما تسجيل الحقوق الميراثية نتناولها فيما يلي:

---

[1] يذكر كذلك الموصى لهم إذا أوصى الهالك بشيء من عقاراته.

[2] أنظر المادة 66 من المرسوم 63/76.

أولا- وجوب تسجيل انتقال الملكية عن طريق الوفاة:

أوجب المر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل ضرورة تسجيل انتقال أموال التركة من المورث إلى الورثة بصفة مجملة سواء كانت منقولات أو عقارات أو غيرها[1] حيث جاء في نص المادة 36 منه: "... ودفع رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة والتي يثبت وجودها بصفة قانونية يوم فتح التركة... ".

فيفهم من هذه العبارة أن انتقال التركة عموما من المورث إلى الورثة تدفع عليها رسوم[2] وذلك بتسجيلها لدى المصالح المعنية[3] حيث أوجبت المادة 171 من قانون التسجيل على الورثة أو الموصى لهم أن يقدموا تصريحا مفصلا بمشمولات التركة يوقعونه على استمارة مطبوعة تقدمها إدارة الضرائب مجانا ويؤكدون هذا التصريح (بتوكيد الصدق) الذي نصت عليه المادة 133 من نفس القانون وهو عبارات يؤكد المصرح من خلالها ملكا للهالك إذ جاء في هذه المادة " كل تصريح بنقل الملكية عن طريق الوفاة يقدمه الورثة أو الموصى لهم أو الأوصياء أو المتصرفون الشرعيون، ينتهي بالعبارة التالية " يؤكد المصرح صدق وصحة هذا التصريح " ويؤكد فضلا عن ذلك تحت طائلة العقوبة المنصوص عليها في المادة 134 من قانون التسجيل أن هذا التصريح يتضمن المبلغ نقدا والديون المنقولة الأخرى التي حسب معلوماته كانت ملكا للهالك كليا أو جزئيا ويجب أن تكتب هذه الجملة على هذا النحو بخط المصرح... "[4].

وبما أن عقارات التركة يثبت انتقالها من المورث إلى الوارث بواسطة الشهادة التوثيقية حسب نص المادة 91 من المرسوم 63/76 فإن المادة 280 من الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل أعطت لهذه الشهادة حكما خاصا بالنسبة لتسجيلها إذ قررت المادة أن يكون تسجيلها مجانا بنصها على " تسجل مجانا الشهادات الموثقة التي يتم إعدادها بعد الوفاة والمثبتة لنقل الملكيات العقارية ".

يستنبط من هذه المادة أمران مهمان هما:

---

[1] جاء في نص المادة 43 من قانون التسجيل ما يلي: " يعتبر من الناحية الجبائية كجزء من تركة حق الانتفاع، إلى أن يثبت العكس كل قيمة منقولة أو نقود أو عقار تعود ملكية حق الانتفاع به إلى المتوفى وملكية الرقبة إلى ورثة محتملين... ".

[2] تدفع الرسوم من الورثة والموصى لهم دون التفرقة بين عقارات ومنقولات التركة.

[3] نصت المادة 81 من قانون التسجيل على " إن رسوم العقود وعقود نقل الملكية عن طريق الوفاة تدفع قبل التسجيل حسب المعدلات والحصص المحددة بموجب هذا القانون ".

ونصت المادة 85 من نفس القانون على " يدفع الورثة أو الموصى لهم رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة... ".

[4] في حالة ما صرح الشخص أنه لا يعرف ولا يستطيع التوقيع يقرأ له المفتش عبارة المادة 133 والمادة 134 ويذكر في أسفل التصريح أن هذا الإجراء قد تم كما ألزمت المادة 136 من قانون التسجيل ضرورة تلاوة عبارة المادة 133 الخاصة بتوكيد الصدق وبذكر ذلك صراحة في العقد (الشهادة التوثيقية).

1- أن الشهادة التوثيقية تسجل لكن تخص باستثناء هو أن يتم هذا التسجيل مجانا.

2- الشهادة التوثيقية لا تتضمن سوى انتقال الملكيات العقارية.

وهذا ما دلت عليه المادة 91 من المرسوم 63/76 بجعلها للشهادة التوثيقية محصور إثباتها في انتقال أو إنشاء أو انقضاء الحقوق العينية العقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة فإذا اشتملت التركة على حقوق منقولة فلا يستلزم تحرير شهادة توثيقية في حق الورثة[1].

وسبب إعفاء هذه الشهادة من رسوم التسجيل يكمن في أن الحقوق التي تتضمنها وهي الحقوق العقارية سبق تسجيلها ودفع رسومها ضمن مشمولات التركة عموما لأنه كما سبق ذكره يتعين على الورثة أو الموصى لهم أن يدفعوا رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة وتكون بصورة مجملة دون فرز لمشتملات التركة وفصل منقولاتها عن عقاراتها وهذا ما أكدته المادة 85 من قانون التسجيل بنصها على: " يدفع الورثة أو الموصى لهم رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة ويكون الورثة الشركاء متضامنين ".

ثانيا- مكان تسجيل الشهادة التوثيقية وآجالها:

1- مكان تسجيل الشهادة التوثيقية:

جاءت المادة 75[2] من قانون التسجيل كقاعدة في منح اختصاص التسجيل بصفة عامة في مكتب التسجيل التابع له مكتب الموثق بمعنى أن مكان تواجد مكتب الموثق الذي حرر العقد هو الذي يحدد مكان تسجيل هذا العقد، غير أن المشرع في باب تسجيل نقل الملكية عن طريق الوفاة أتى باستثناء ينص على أن يكون التسجيل في هذه الحالة في المكتب التابع لمحل سكنى المتوفي، إذ جاء في نص المادة 80 من قانون التسجيل ما يلي: " يسجل نقل الملكية عن طريق الوفاة في المكتب التابع لمحل سكنى المتوفي مهما كانت حالة القيم المنقولة أو العقارية التي يجب التصريح بها... ".

فهذا الاستثناء يعني أن تسجيل نقل الملكية بسبب الوفاة من المورث إلى الوارث يتم في المكتب المتواجد ضمن اختصاصه الإقليمي محل سكنى الهالك.

ثم طرحت المادة نفسها افتراضين ووضعت حلول لها حيث جاء فيها: "... وعند عدم وجود محل سكنى في الجزائر فإن التصريح يتم في المكتب التابع لمكان الوفاة، وإذا لم تكن الوفاة وقعت في الجزائر، يتم التصريح في المكاتب التي تعينها إدارة الضرائب ".

فالافتراض الأول هو عدم وجود محل سكنى للمتوفي في الجزائر كأن يزور مهاجر جزائري بلاده فيتوفه الموت بها وليس له محل إقامة في الجزائر فالحل الذي طرحته المادة هو تسجيل انتقال

---

(1) أنظر ليلى زروقي وحمدي باشا عمر: المنازعات العقارية، مرجع سابق، ص 210.

(2) عدلت هذه المادة بموجب المادة 116 من قانون المالية لسنة 1985.

التركة يكون في مكتب التسجيل التابع له إقليميا مكان الوفاة فإذا توفي شخص مثلا في بلدية الخروب ولم يكن له محل إقامة في الجزائر وترك مالا يورث فغن تسجيل انتقال أمواله إلى ورثته يكون في مكتب التسجيل بالخروب.

أما الافتراض الثاني فهو يتضمن الحالة الأولى زيادة عليها أن الوفاة تكون خارج الجزائر بمعنى مهاجر جزائري تكون له أملاك عقارية ومنقولة داخل الجزائر ويدركه الموت خارج الجزائر وليس له محل إقامة بها، في هذه الحال تطرح المادة كذلك الحل التالي: يسجل انتقال أملاكه لورثه في المكاتب التي تعينها إدارة الضرائب ونلاحظ أن هذا الحل المطبق في حالة من ليس له محل إقامة بالجزائر ووافته المنية خارج الجزائر جاء عاما دون تحديد لتسجيل المهمة على الورثة.

أما بالنسبة للعقارات فإنا نرى أن تسجل في المكتب التابع لموقع تواجد هذه العقارات قياسا على نص المادة 79 من قانون التسجيل التي تحدثت عن تسجيل الوصايا التي تمت بالخارج حيث جاء فيها: "... وفي حالة ما إذا كانت الوصية تشمل تدابير خاصة بعقارات موجودة في الجزائر فيجب فضلا عن ذلك أن تسجل في المكتب التابع لموقع هذه العقارات من دون أن يترتب عن ذلك ازدواج الرسوم ".

2- آجال تسجيل الشهادة التوثيقية:

بادئ ذي بدء يجب أن نفرق بين تسجيل الشهادة التوثيقية الذي تناولته المادة 280 من قانون التسجيل وتسجيل تصريح الورثة بالنسبة لكل التركة المنصوص عليه في المواد 65، 66 من قانون التسجيل حيث حددت المادة 65[1] من قانون التسجيل آجالا للتسجيل فيما يخص التصريح المقدم من طرف الورثة أو الموصى لهم بأجل سنة واحدة ابتداء من يوم الوفاة وهذا التصريح يقدمه المعنيين دون الاستعانة بموثق حسب المادة 171 من قانون التسجيل لأن تصريحاتهم تكون على استمارات مطبوعة تقدمها إدارة الضرائب. وهذا نفسه ما تتضمنه أحكام المادتين 133 و134 من قانون التسجيل.

في حين نجد الشهادة التوثيقية ولأنها يحررها موثق يجب أن تسجل في حدود الأجل الذي حددته المادة 58 و60 من قانون التسجيل والمقدر بشهر واحد ابتداء من تاريخها أي من تاريخ إعداد الشهادة التوثيقية فتنص المادة 58 على: " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه.

وتسجل على الخصوص في الأجل المنصوص عليه في المقطع أعلاه العقود التالية: 1 العقود التي تتناول نقل الملكية... ".

---

[1] نصت المادة 65 من قانون التسجيل على " إن الأجل المحدد لتسجيل التصريحات ماعدا الأحكام الخاصة المنصوص عليها في المواد من 66 إلى 71 أدناه والتي يجب على الورثة أو الموصى لهم تقديمها عن الأموال المستحقة لهم أو التي انتقلت عن طريق الوفاة يحدد بسنة واحدة ابتداء من يوم الوفاة ".

ومن المعلوم أن الشهادة التوثيقية تتناول نقل الملكية من المورث إلى الوارث فأجل تسجيل هذه الشهادة هو شهر واحد ابتداء من تاريخ إعدادها.

الفرع الثالث

شهر انتقال عقارات التركة

توصلنا في الفروع السابقة إلى أن حق الإرث بالنسبة للعقارات يثبت بالشهادة التوثيقية حسب نص المادة 91 من المرسوم 63/76 بنصها على: " كل انتقال... بمناسبة أو بفعل الوفاة... يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة... ".

ولأن التشريع الجزائري جعل انتقال العقار لا يتم إلا بالشهر فغن الشهادة التوثيقية تشهر حيث جاء في نص المادة 39 من المرسوم 63/76 ما يلي: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت لانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم فإنه يؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشياع وبالحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة "[1].

ورغبة من المشرع في تفاد بقاء التركة بلا مالك بعد وفاة المورث جاء باستثناء خطير على المبدأ المقرر في عملية انتقال العقار[2] حيث نصت المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود به بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ".

فالظاهر من هذا النص أن الوارث يعد مالكا لعقارات التركة بمجرد حدوث واقعة الوفاة ودون حاجة إلى شهر حقه وذلك راجع إلى أن الميراث يقوم على سبب هو الوفاة إذا حدث هذا السبب قام حق الوارث في خلافة المورث على ملكه لأن شخصية المورث تنتهي بالوفاة فكان لابد من انتقال عقارات التركة إلى ذمة الوارث فور حدوث الوفاة حتى لا تبقى بلا مالك في الفترة الممتدة بين الوفاة وشهر الشهادة التوثيقية. هذه الأخيرة التي يعد شهرها عبارة عن إطلاق ليد الوارث بالتصرف في عقارات التركة.

إن انتقال عقارات التركة لا يتم بالشهر بل تنتقل بمجرد حدوث واقعة الوفاة لكن الوارث يبقى ممنوع من التصرف في عقارات التركة إلى حين شهر الشهادة التوثيقية التي تثبت انتقال عقارات

---

[1] نلاحظ ركاكة صياغة المادة، يفترض مادامت الوفاة حصلت فهي معروفة لذا يجب أن تحلى بالألف واللام، نقترح أن تكون صياغة المادة على النحو التالي: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة تثبت الانتقال على الشيوع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم ويؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين الجدد على الشيوع كما تحدد الحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة ".

[2] المبدأ المقرر في انتقال عملية العقار هو الأثر العيني للشهر معناه أن انتقال العقارات لا يتم إلا بالشهر.

التركة له وهذا ما دلت عليه المادة 88 من المرسوم 63/76 بقولها: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق التصرف... ".

فالمادة صريحة في أن الوارث لا يمكنه التصرف في عقارات التركة سواء بالبيع أو الرهن أو المقايضة أو غيرها... إلا إذا قام بشهر حقه في هذه العقارات لأنه لا يمكن القيام بإجراء إشهار عقد يتضمن التصرف في عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سببا في انتقال هذا العقار للمتصرف فيه وهو تطبيقا لمبدأ الأثر الإضافي للشهر الكاشف عن تسلسل الملكية العقارية هذا ما ذهب له معظم الذين تناولوا هذا الموضوع بالشرح[1] في القانون الجزائري نقلا عن غيرهم من القانونيين العرب ونرى أن معظم هؤلاء الكتاب قد جانبهم الصواب للأسباب التالية:

بالنسبة لمن نقل عن الفقه المصري نقول إن هناك اختلاف بين النص الدال على شهر حق الإرث في قانون تنظيم الشهر العقاري المصري بالضبط في المادة 09 منه ونص المادة 15 من الأمر 74/75 في القانون الجزائري، حيث تنص المادة 09 من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري على: " يجب شهر حق الإرث بتسجيل شهادات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية وذلك بدون رسم وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق.

ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة تبنى على أساسها تصرفات الورثة "[2].

في حين نصت المادة 15 من الأمر 74/75 الجزائرية على: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ".

والملاحظة التي تستخلص من النص المصري في عبارته "... وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق... ".

توحي أن الوارث له متسع من الزمن لشهر حق الإرث بل قد يستغني تماما عن هذا الإجراء ما لم يجري تصرف قانونيا على عقارات التركة بالبيع أو الهبة أو المقايضة وغيرها... إذ يفهم من المادة أن الوارث مخير في شهر حق الإرث ما لم يأتي تصرفات قانونية على عقارات التركة إذ قد

---

[1] مثال حمدي باشا عمر: في كتابه نقل الملكية العقارية، ص 32، ومجيد خلفوني: في كتابه شهر التصرفات العقارية، ص 109، محمد زهدور: في كتابه الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1991، ص 151 وما بعدها.

[2] عبد الفتاح مراد: شرح تشريعات الشهر العقاري، ط$_2$، دت، ص 459.

يُصرف إلى الاستحباب والتخيير عبارة المادة الأولى (يجب شهر حق الإرث) وقد صرفها إلى التخيير عبارة (وإلى أن يتم هذا التسجيل) وكذلك اشتراط نفاذ تصرفات الوارث في تركته العقارية بشرط الشهر معناه إذا لم يكن الوارث بحاجة إلى التصرف في تركته العقارية فلا حرج عليه في عدم شهرها.

بينما نص المادة الجزائرية (15) من الأمر 74/75 يتحدث بكل صراحة عن بدأ سريان كسب وانتقال الحقوق العينية العقارية بصفة عامة حيث جعلت القاعدة في ذلك هو تاريخ الشهر.

واستثنت في فقرتها الثانية نقل الملكية عن طريق الوفاة فجعلته يسري من يوم الوفاة وليس من تاريخ شهر الشهادة التوثيقية، ونعتقد أن الملكية العقارية بسبب الوفاة لا تخرج عن قاعدة الأثر العيني للشهر[1] فهي تنتقل للوارث بالشهر ولكن بأثر رجعي يعود إلى يوم الوفاة.

ويمكن الرد على أصحاب الاتجاه القائل بانتقال عقارات التركة بمجرد الوفاة، وبالتالي بالنسبة لتعليلهم أن سبب انتقال التركة بمجرد الوفاة حتى لا تبقى التركة بلا مالك في المدة بين الوفاة وشهر الشهادة التوثيقية نقول إن هذا التعليل غير ناهض ولا مستساغ، فالتركة الشاغرة[2] التي توفى عنها مالكها ولم يترك وارث أو كان الوارث غير معروف أو التركة العقارية التي تخلى عنها الورثة تكون بلا مالك في الفترة التي تقوم فيها الجهات الإدارية المختصة بإجراءات التحري عن المالك المحتملين (الورثة) وذلك بنشر إعلانات بشغور تركة ما وبعد مدة زمنية محددة قانونا ترفع دعوى أمام المحكمة المختصة للمطالبة باستصدار حكم يصرح بانعدام الوارث ووضع التركة تحت الحراسة القضائية كل هذه المدة تبقى فيها التركة وعقاراتها بلا مالك فلماذا قُبل هذا الأمر هنا ورفض هناك مع أن حالة وجود الورثة لا ضير من اعتبار الشهر هو الناقل لعقارات التركة لهم لأن الحقوق ثابتة هنا والملكية من خصائصها الديمومة والثبات[1] والعقار من خصائصه أنه ثابت[2] فلا خطر من بقاء عقارات التركة (معلقة) حتى شهر الشهادة التوثيقية التي تنقل العقارات للورثة وقد ذهب إلى هذا (اعتبار الشهر هو

---

(1) تعني قاعدة الأثر العيني للشهر أن الشهر هو من ينقل الأثر العيني أي الملكية والحقوق العقارية.

(2) جاء في نص المادة 51 من قانون 30/90 ما يلي: " إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفي مالكه دون أن يترك وارثا يحق للدولة المطالبة بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا أمام الهيئات القضائية المختصة بحكم يصرح بانعدام الوارث يصدر حسب الشروط والأشكال السارية على الدعاوى العقارية ويتم ذلك بعد القيام بالتحقيق من أجل التحري والبحث عن الملاك المحتملين أو الورثة، ويترتب على الحكم بعد أن يصبح نهائيا تطبيق نظام الحراسة القضائية مع مراعاة أحكام المواد 827 إلى 829 من القانون المدني، وبعد انقضاء الآجال المقررة قانونا حسب الحكم الذي يصرح بانعدام الوارث يمكن القاضي أن يعلن الشغور حسب الشروط والأشكال المقررة في القانون والتصريح بتسليم أموال التركة كلها ".

(1) أنظر الصفحة 10 من هذه المذكرة.

(2) عرف العقار أنه كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه.

الناقل للملكية العقارية) ليلى زروقي في كتاب المنازعات العقارية حيث قالت: (... ماعدا الحقوق الميراثية التي تنتقل الملكية فيها بالقيد ولكن بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ الوفاة...)[3] وهو نفسه ما تبناه خليل أحمد حسن قدادة في كتابه الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري في معرض حديثه على نص المادة 15 من الأمر 74/75 فقال: " من هذه المادة يتبين بوضوح أن المشرع الجزائري لم يشأ أن يجعل للتسجيل[4] أثر رجعي وإنما أثره الناقل للملكية يتحقق منذ وقوع التسجيل بالنسبة للغير، أما بالنسبة لانتقال الملكية عن طريق الوفاة فيحدث من وقوع الوفاة "[5].

أما الاستشهاد بنص المادة 88 من المرسوم 63/76 فهو يصب في اتجاه ما تبيناه من طرح لأن المادة 88 وصفت الشهادة التوثيقية بأنها هي الناقلة لملكية العقار بقولها: "... أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة... " فجعلت من هذه الشهادة السبب الوحيد في انتقال عقارات التركة للوارث بعد شهرها فإذا انتقلت هذه العقارات للوارث بالشهر ثبت له حق التصرف في ملكه الجديد.

أولا- متى تنتقل عقارات التركة للوارث:

أوضحنا سابقا أن هناك رأيين في هذه المسألة بالنسبة لمن تناولها بالشرح من الشراح الجزائريين، حيث يذهب الفريق الأول إلى أن التركة وعقاراتها تنتقل للوارث بمجرد حدوث واقعة الوفاة أمثال الأستاذ محمد زهدور ومجيد خلفوني وحمدي باشا عمر وغيرهم. وقد ناقشناهم في ما ذهبوا إليه وأنهم ينقلون عن الفقه المصري خصوصا والعربي بشكل عام رغم اختلاف مدلول النصوص المقننة لهذا الموضوع، فعلى سبيل المثال تنص المادة 1086 من القانون المدني الأردني على: " الوارث يكسب بطريق الميراث العقارات والمنقولات والحقوق في التركة "[1] فهي صريحة في انتقال العقارات للوارث بالميراث دون أي إجراء آخر. ويذهب فريق ثاني من الشراح لهذه النقطة من القانونيين الجزائريين إلى عكس هذه النتيجة حيث لا يبيحون انتقال عقارات التركة للوارث إلا بالشهر بأثر رجعي إلى يوم الوفاة، أمثال الأستاذة ليلى زروقي وأحمد حسن خليل قدادة وعبد الحفيظ بن عبيده[2] وغيرهم[3].

ونحن بدورنا نميل للرأي الثاني للأسباب التالية:

---

[3] ليلى زروقي: المنازعات العقارية، مرجع سابق، ص 69.

[4] يقصد بالتسجيل الشهر.

[5] أحمد قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج$_4$، ص 119.

[1] محمد وحيد الدين سوار: مرجع سابق، ص 39.

[2] أنظر عرضا ألقاه القاضي بن عبيدة في اليوم الدراسي الأول لمجلس قضاء سطيف يوم 2004/06/07 حول شهر التصرفات العقارية، ص 17.

[3] يتبنى الأستاذ غانم من مصر في كتابه الذمة المالية، ص 74 هامش 2 نفس الاتجاه نقلا عن وحيد الدين سوار: مرجع سابق، ص 36.

1- المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 والمراسيم المطبقة له ومن مبادئ هذا النظام مبدأ القيد المطلق[4] ومفاده أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية فهو الذي ينشئها أو يعدلها وحتى يزيلها لأن كل حق غير مقيد (مشهر) لا وجود له لا بين الأطراف ولا في مواجهة الغير وهذا يؤكد انتقال عقارات التركة بالشهر لأن ملكية الوارث لها لا يُعترف بها ما لم تشهر حتى ولو لم يتصرف فيها الوارث.

2- جاء في نص المادة 793 من القانون المدني ما يلي: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ".

3- فالمادة صريحة في جعل انتقال العقار لا يتم إلا بالشهر وقد أحالت على قانون الشهر وهو المرسوم رقم 63/76، وقد نصت المادة 91 منه على أن انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة وأكدت المادة 39 منه على أن هذه الشهادة تشهر كما دلت على ذلك المادة 73 من نفس المرسوم وبما أننا بصدد الحديث عن عقارات التركة فإنه يجري عليها ما يجري على العقار عموما لانعدام التخصيص لأن نص المادة 15 من الأمر 74/75 حُمِّلت فوق معناه الحقيقي فهي لم تتناول سوى أثر سريان الشهر فجعلته من يوم الشهر في العقارات عموما وخصصت العقارات المنتقلة عن طريق الوفاة بأن يبدأ سريان الشهر من يوم الوفاة.

3- نصت المادة 39 من المرسوم 76-63 على: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشيوع وبالحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة ".

نعتقد جازمين أن المادة صريحة في أن شهر الشهادة التوثيقية هو الذي يؤدي إلى انتقال الأملاك العقارية للوارث ويؤكد ذلك عبارة " عندما يتم إشهار شهادة موثقة... تثبت لانتقال... فإنه يؤشر على بطاقة العقار... ".

فعبارة إشهار شهادة موثقة تدل على وجوب شهر هذه الشهادة وعبارة تثبت لانتقال تفيد أن شهر الشهادة هو الذي يفيد الانتقال وعبارة يؤشر على بطاقة العقار تفيد أن الأمر متعلق بالعقار. فعقارات التركة إذن تنتقل للمورث بشهر الشهادة الموثقة المثبتة لهذا الانتقال.

---

[4] مبادئ نظام الشهر العيني هي: 1- مبدأ التخصيص (تخصص صفحة وبطاقة لكل عقار). 2- مبدأ القوة الثبوتية مفاده أن التصريحات المشهرة هي قرينة قاطعة على الملكية في العقارات. 3- مبدأ الشرعية لأن المحافظ العقاري يتحقق من كل التصرفات المراد شهرها بدقة، وانظر بالنسبة للشهادة التوثيقية نص المادة 107 من المرسوم 63/76. 4- مبدأ القيد المطلق.

4- تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني هذا النظام المرتكز أساسا على عملية المسح وبعد هذه العملية يصبح الدفتر العقاري هو السند الوحيد للملكية وقد نصت على هذا المادة 19 من 74/75 بقولها: " تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري والدفتر الذي يشكل سند ملكية " فسند الملكية الوحيد بالنسبة للوارث في عقارات مورثه بالنسبة للمناطق الممسوحة هو الدفتر العقاري الذي تقدمه المحافظة العقارية.

ودلت المادة 47[1] من المرسوم 63/76 أن أصحاب الحقوق على الشيوع يقدم لهم دفتر عقاري واحد يسلم لمن عينه أصحاب الحقوق على الشيوع (المشتعين) كوكيل عنهم من بين المالكين وفي حالة عدم تعيين وكيل عنهم يحتفظ بهذا الدفتر ويودع لدى المحافظة العقارية.

كما بينت المادة 39[2] أن الورثة أصحاب حقوق على الشيوع أو مالكين على الشيوع.

ويستخلص من كل هذه المواد أن الورثة هم مالكين على الشيوع يقدم لهم دفتر عقاري يثبت ملكيتهم للعقارات على الشيوع وبما أن الدفتر العقاري تصدره المحافظة العقارية وهذه الأخيرة لا تصدر سوى السندات المثبتة للملكية العقارية بعد شهرها فإن حق الإرث يشهر بالنسبة للعقارات وأن الشهر هو الناقل للملكية بأثر رجعي في حالة عقارات التركة.

5- يؤيد انتقال عقارات التركة للوارث بالشهر الواقع العملي والمصلحة العامة وطبيعة نظام الشهر المتبع في الجزائر لأن الوارث قد يحدث أن لا يتصرف في عقارات التركة طيلة حياته فتنتقل بدورها إلى ورثته مرة ثانية وقد يصادف أن لا يتصرف هؤلاء الورثة في ما ورثوه من عقارات وتتسلسل عملية انتقال العقارات بحادثة الوفاة وحدها بين الأجيال فيصبح من المستحيل معرفة المالك الحقيقي لهذه العقارات لأنها بعدم شهرها تبقى على ذمة المالك الأول، وهذا ما يفقد معه النظام الخاص بالشهر في الجزائر قيمته[1].

6- إن القول بأن عقارات التركة تنتقل بمجرد حادثة الوفاة وأن الوارث لا يستطيع التصرف فيها إلا بشهر هذا الانتقال يجعل هذه الملكية للوارث ناقصة لأن عناصر الملكية كما هو معرف هي حق الاستعمال وحق الاستغلال (تمتع) وحق التصرف، والوارث حسب هذا الطرح ليس له إلا حق

---

[1] نصت المادة 47 من المرسوم 63/76 على " عندما يكون شخصان أو أكثر أصحاب حقوق على الشياع، يعد دفتر واحد ويودع لدى المحافظة العقارية، ما لم يكن هؤلاء الأشخاص قد عينوا وكيلا من بين المالكين لحيازة هذا الدفتر، ويشار على البطاقة المطابقة إلى الجهة التي آل إليها الدفتر العقاري ".

[2] ونصت المادة 39 من المرسوم 63/76 على " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم فإنه يؤشر على البطاقة باسم جميع المالكين على الشيوع وبالحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون مبين في الشهادة ".

[1] صداقي عمر: رسالة ماجستير بعنوان شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، جامعة الجزائر، دت غير منشور، ص 76.

التمتع دون حق التصرف حتى بشهر حق إرثه وهذا أدعى في اعتبار عقارات التركة تنتقل بالشهر حتى يكون انتقال الملكية تاما بجميع عناصره.

إذن من كل ما سبق نؤكد أن انتقال عقارات التركة بسبب الوفاة لا يتم إلا بالشهر ولكن بأثر رجعي يعود ليوم الوفاة.

ثانيا - آجال شهر الشهادة التوثيقية:

لقد سبق الذكر أن الشهادة التوثيقية تشهر بنص المادة 39 من المرسوم 63/76 كما دلت المادة 14 من الأمر 74/75 في فقرتها الأولى على وجوب وإلزامية شهر كافة العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية ولأن الشهادة التوثيقية تتضمن نقل ملكية عقارية فإنها تشهر.

وبالنسبة لآجال شهر الشهادة التوثيقية نصت المادة 99 من المرسوم 63/76 على ضرورة شهرها في مدة شهران ابتداء من اليوم الذي قدم فيه الالتماس إلى الموثق ويمدد هذا الأجل إلى مدة أربعة أشهر إذ كان أحد المعنيين سواء وارث أو موصى له يسكن بالخارج أي خارج الجزائر، ويكون أصحاب الحقوق الجدد وهو الورثة والموصى لهم مسؤولين مدنيا في حالة تضرر الغير بفعل تصرفات الورثة أو الموصى لهم في عقارات التركة قبل إشهار حقهم في الإرث وتراخيهم عن ذلك لمدة تزيد عن ستة (06) أشهر بعد وفاة المورث.

إلا أن قانون المالية لسنة 1999 وبموجب المادة 31 منه عدل الآجال الممنوحة لشهر الشهادة التوثيقية بحيث تصبح ثلاثة أشهر بدلا من شهرين في حق المقيمين داخل الجزائر وتمتد إلى خمسة (05) أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيما خارج الجزائر ابتداء من يوم تحرير المحضر (الشهادة التوثيقية) وليس من يوم تقديم الالتماس من طرف الورثة إلى الموثق لإعداد هذه الشهادة وتبقى مسؤولية الورثة قائمة مدنيا في حالة حدوث ضرر للغير بسبب تصرفاتهم في عقارات التركة في الفترة التي تزيد عن تاريخ الستة (06) أشهر الأولى من يوم وفاة المورث، ونلاحظ أن المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 جاءت بالتعديلات التالية:

1- تمديد أجل شهر الشهادة بالنسبة للمقيمين داخل البلد بزيادة شهر واحد لتصبح 3 أشهر بعدما كانت شهران فقط.

2- تمديد أجل شهر الشهادة بالنسبة للمقيمين خارج الجزائر بزيادة كذلك شهرا واحدا لتصبح المدة 05 أشهر بدلا من 04 أشهر.

3- تغيير تاريخ بدأ سريان هذه الآجال حيث كانت تبدأ في السريان ابتداء من يوم تقديم الالتماس للموثق بإعداد الشهادة وغَيَّرها قانون المالية لسنة 1999 إلى تاريخ تحرير

الشهادة التوثيقية حيث تبدأ هذه الآجال في السريان ابتداء من تاريخ تحرير الشهادة وليس من تاريخ تقديم الالتماس.

مع ملاحظة أنها تشهر في المحافظة العقارية الواقع في إقليمها العقار المعني من طرف الموثق الذي حررها[1]. تحت طائلة العقوبة بغرامة مالية نصت عليها الفقرة الأخيرة من نص المادة 99 المذكورة آنفا حيث جاء فيها: "... فغن عدم مراعاة الآجال المنصوص عليها في هذه المادة، يعاقب عليها بغرامة مدنية قدرها 100دج تكون على عاتق محرري العقد المشار إليهم في المادة 90... ".

بقي أن نشير إلى أن الإشهار إذا كان يجب إجراؤه في أكثر من مكتبين لتواجد عقارات التركة في دائرة اختصاص أكثر من مكتب فإن القانون منح تمديد الآجال المنصوص عليها سلفا بزيادة خمسة عشر (15) يوما كاملا بالنسبة لكل مكتب فإذا كان العقار مثلا متواجد بين مدينتي قسنطينة وميلة كان على الموثق أن يشهر الجزء الواقع في مدينة ميلة في المحافظة العقارية بميلة والجزء الواقع في قسنطينة يشهر في محافظة قسنطينة المختصة وفي هذه الحالة يمدد الأجل بزيادة 15 يوم بالنسبة لكل محافظة عقارية.

المطلب الثالث

آثار تخلف التوثيق والتسجيل والشهر في انتقال عقارات التركة بسبب الميراث

خلصنا في المطلب السابق إلى أن عملية انتقال عقارات التركة بسبب الميراث توثق وتسجل وتشهر، والسؤال المفروض علينا في هذا المقام هو: هل تخلف هذه الشروط له آثار على عملية الانتقال؟ وهل يصح انتقال عقارات التركة بسبب الميراث لو تأخر عنها عملية توثيقها أو شهرها أو تسجيلها، وما هي آثار عدم التوثيق وعدم التسجيل والشهر؟!

الفرع الأول

تخلف التوثيق

إن لشهر الحقوق الميراثية (شهر الشهادة التوثيقية) دور كبير في انتقال عقارات التركة إلى الوارث فحسب الرأي الأول القائل بأن الوارث لا يمكنه التصرف في عقارات التركة إلا بعد الشهر، أو الرأي الثاني القائل بأن الشهر هو الناقل الحقيقي لعقارات التركة إلى الوارث ورغم الأهمية الكبيرة للشهر في هذا المقام إلا أن الشهر لا يقبل في المحافظة العقارية ما لم يكن السند المراد إشهاره موثق

---

[1] نصت المادة 04 من المرسوم 63/76 على " تقسم المحافظة العقارية إلى مكاتب محافظة في كل بلدية، بصفة انتقالية فإن اختصاص مكتب يمكن أن يمتد إلى عدة بلديات، وفي هذه الحالة يحدد قرار من وزير المالية الإقامة والاختصاص الإقليمي لكل مكتب محافظة عقارية... ".

حيث نصت المادة 61 من المرسوم 63/76 على ما يلي: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي ".

ومن خلال نص هذه المادة تتجلى قيمة توثيق انتقال عقارات التركة حسب الرأي الأول أو تنقل ملكية العقارات للوارث حسب الرأي الثاني مبنية على الشكل الرسمي وهو العقد الرسمي الذي يقوم بتحريره وإصداره الموثق (التوثيق).

ونستنتج من هذا أنه إذا تخلف التوثيق تخلف معه الشهر وتتخلف بذلك إما إمكانية تصرف الوارث في عقارات التركة وإما تخلف انتقال ملكية العقارات للوارث.

هذا في حالة تخلف التوثيق كلية لأنه يمكن أن يوثق انتقال عقارات التركة بالميراث بواسطة الشهادة التوثيقية، لكن هذه الأخيرة لا يكون لها أي حجية في الحالات التالية:

أولا- حالات وردت في قانون التوثيق:

هناك حالات نص عليها قانون التوثيق يكون السند الذي أصدره الموثق باطلا ولا يمكن الاحتجاج به منها.

1- إذا أصدر الشهادة التوثيقية موثق في نفس الوقت وارث أو موصى له أو كان أحد الورثة من أقاربه[1] أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة من عمود النسب أو كان الورثة أو الموصى لهم من حواشي الموثق كانت الشهادة التوثيقية باطلة حيث نصت المادة 19 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق على: " لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي يكون فيه طرفا معينا أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت يتضمن تدابير لفائدته، أو يكون فيه وكيلا أو متصرفا أو أية صفة أخرى كانت

أ- أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة.

ب-أحد أقاربه أو أصهاره تجمعه به قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم وابن الأخ وابن الأخت "

2- كذلك لو تم تحرير الشهادة التوثيقية بلغة غير اللغة العربية تكون باطلة بنص المادة 26 من قانون التوثيق حيث جاء فيها: " تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية... "[2]. وكذلك الإخلال بما اشترطته المادة 26 من نفس القانون حيث أوجبت البيانات التالية: اسم ولقب الموثق، ومقر مكتبه، واسم ولقب وصفة الأطراف (ورثة موصى لهم) وموطن وتاريخ ومكان ولادتهم

---

[1] مثلا من ضمن الورثة أو الموصى لهم زوجة الموثق.

[2] تستثنى الحالات التي تكون الشهادة التوثيقية موجهة لاستعمالها في بلد أجنبي غير عربي يجوز ترجمتها إلى اللغة المعنية.

وجنسياتهم، المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرمت فيه الشهادة التوثيقية، وتوقيع الأطراف والموثق والشهود إن وجدوا. فالإخلال بهذه البيانات أو تخلفها يعرض الشهادة للإبطال.

إذا حرر الموثق الشهادة التوثيقية وهو في حالة من الحالات التي نصت عليها المادة 35 من قانون التوثيق كأن يكون معزول أو موقوف عن أداء وظيفته التي أناطه القانون بها كانت الشهادة التوثيقية باطلة، كذلك لأنها صادرة من غير ذي صفة لأن الموثق خولته السلطة تحرير العقود والسندات التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ما كانت متوفرة فيه الشروط القانونية أم لو عزل أو أوقف لعدم تمتعه بالشروط المتطلبة كأن يتم توقيفه لمدة (06) أشهر عن أداء عمله حسب نص المادة 54 من قانون التوثيق كعقاب له يكون غير مخول إصدار وتحرير مثل هذه العقود والسندات ومنه يكون ما أصدره في هذه المدة باطلا[3].

---

[3] مع مراعاة حسن النية وكون الموثق عالما بالعزل والتوثيق أو غير عالم بذلك، أنظر الصفحة من هذه المذكرة.

ثانيا- حالات وردت في المرسوم رقم 63/76 يتعلق بتأسيس السجل العقاري والقانون المدني:

هناك شروط وبيانات اشترطها القانون المدني وأوجب المرسوم 63/76 ضرورة توافرها في السندات المثبتة للملكية العقارية عموما ومنها الشهادة التوثيقية وتخلفها يعرض السند للإبطال منها:

1- الشرط الشخصي: نصت المادة 62 من المرسوم 63/76 على: " كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف... " وهو نفسه ما تبنته المادة 29 من قانون التوثيق فتخلف هذه البيانات في السند المقدم للشهر يؤدي إلى عدم قبول هذا السند وعدم شهره فتقع بذلك تبعات عدم الشهر.

2- نصت المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني على: " يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية ".

ونصت المادة 66 من المرسوم 63/76 على ضرورة توافر نفس البيانات والمعلومات عن العقار المراد توثيقه وشهره بعد ذلك، فالمادتان تشترطان ضرورة توافر بيانات تامة عن العقار المراد شهره في السند التوثيقي لأن هذا الأخير هو الذي يقدم للشهر.

ومجمل القول أن القانون فرض ذكر مجموعة بيانات عن الأشخاص المتعاملين في العقار أو المنقول لهم العقار كما فرض بيانات تتعلق بالعقار نفسه من حيث المساحة والموقع والحدود وغيرها تحت طائلة بطلان السند وعدم قبوله للشهر (رفض الإيداع).

الفرع الثاني

تخلف التسجيل

أوضحنا في الفصل التمهيدي المبحث الثاني منه في مطلب التسجيل أن هذا الأخير له دور جبائي لتدعيم خزينة الدولة قصد صرف هذه المبالغ في التنمية الاجتماعية كما أن للتسجيل دور إثباتي بالنسبة للعقد العرفي من تاريخ تسجيله ولأن تسجيل الشهادة التوثيقية يكون من الموثق لأنه هو من قام بتحريرها حسب المادة 10 من قانون التوثيق فإن عدم تسجيلها يؤدي إلى فرض غرامات مالية في حق الموثق تختلف نسبها تبعا لمدة التأخير حسب المادة 93 من قانون التسجيل. كما أن عدم تسجيل السند العرفي المبرم قبل سنة 1971 يمنعه من اكتساب تاريخ ثابت فيحرم بذلك من تحويله إلى عقد أو سند يمكن الاحتجاج به بالنسبة للسندات التي تثبت حقوق ميراثية في شكل عرضي قبل سنة 1971.

ونصت المادة 197 من قانون التسجيل على تقادم حق مديرية التسجيل والطابع في حقوق التسجيل بمضي 4 سنوات بالنسبة للعقود والوثائق الأخرى ومنها الشهادة التوثيقية ابتداء من يوم

تسجيل عقد أو وثيقة أخرى أو تصريح يظهر بصفة كافية استحقاق هذه الرسوم. وتمدد هذه المدة إلى 10 سنوات ابتداء من يوم تسجيل التصريح بالتركة إذا كان الأمر يتعلق بإغفال أموال في التصريح بالتركة ونفس المدة تكون بالنسبة للتركات غير المصرح بها.

وبذلك يكون لدينا حسب المادة أجلين في تحصين الشهادة التوثيقية غير المسجلة فتسقط حقوق مديرية التسجيل والطابع في مطالبتنا بتسجيل هذه الأخيرة بمضي 4 سنوات من يوم تسجيل أي عقد أو وثيقة أخرى يظهر فيها بجلاء استحقاق هذا الرسم ولم تطالب به كتسجيل وصية مثلا تظهر أن المال والعقارات الفلانية قد انتقلت للورثة بموت مورثهم في يوم كذا ولم تطلب مصلحة التسجيل بهذه الاستحقاقات خلال 4 سنوات سقط حقها في ذلك بعد هذه المدة.

كذلك الأمر إذ أُغفل ذكر شيء من مشمولات التركة فإن مصلحة التسجيل والطابع يسقط حقها في المطالبة بقيمة الرسم على هذه الأملاك المغفلة بمضي 10 سنوات ابتداء من يوم التصريح بالتركة.

الفرع الثالث

تخلف الشهر

بما أن أمر انتقال عقارات التركة مختلف فيه فمنهم من أرجعه إلى حادثة الوفاة حيث تنتقل عقارات التركة للوارث بمجرد حدوث واقعة الوفاة ومنهم من يجعل للشهر سلطان على انتقال عقارات التركة للوارث فلا تنتقل إلا بالشهر وتبعا لهذين الرأيين ينتج عن عدم الشهر التالي.

بالنسبة للرأي الأول فإن الوارث تغل يده عن التصرف في عقارات التركة حتى يشهر حق إرثه ويستنتج معه أن عدم الشهر في مثل هذه الحالة تجعل الوارث وهو المالك الجديد لعقارات التركة ممنوع من التصرف في عقارات التركة ما لم يقم بالشهر.

أما بالنسبة للرأي الثاني القائل بأن عقارات التركة تنتقل للوارث بالشهر فنتيجة عدم الشهر هي عدم انتقال عقارات التركة له بالمرة حيث تبقى معلقة حتى يتم الإشهار واستنادا إلى ما دللنا به سابق على أن عقارات التركة تنتقل للوارث بالشهر.

نقول في الخلاصة أن عدم الشهر يؤدي إلى بقاء عقارات التركة معلقة ويحول دون انتقاله للوارث وقد يصبح الوارث ليس له سوى سلطة فعلية على هذه الأخيرة دون السلطة القانونية.

المبحث الثاني

انتقال الملكية العقارية بالوصية (الوصية) (Le testament)

قدمنا سابقا أن واقعة الوفاة سبب لانتقال الأموال ومنها العقارات وفق حالتين هما الميراث والوصية فكلاهما يحقق الخلافة، إما للوارث أو للموصي له في أملاك المورث (الموصي). وتلتقي الوصية والميراث من حيث كون كل منهما خلافة بسبب الموت ويفترقان من حيث كون الخلافة في الميراث إلزامية تتم بقوة القانون في حين تكون الخلافة في الوصية اختيارية، والوصية سببا من أسباب انتقال حق الملكية والحقوق العينية الأصلية. فبالنسبة لحق الانتفاع نصت المادة 844 قانون مدني على: "... يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن " مع مراعاة أحكام المادة 852 قانون مدني التي حددت أجل حق الانتفاع بالأجل المعين أو يموت المنتفع في حالة عدم تحديد الأجل، ونفس الأحكام تطبق على حقي الاستعمال والسكن فيجوز الإيصاء بهما مع إخضاعهما لأحكام حق الانتفاع حسب المادة 857 قانون مدني ما لم تتعارض هذه الحكام مع طبيعتها.

كذلك يجوز أن يكسب حق الارتفاق بطريق الوصية وذلك بأن يوصي مالك العقار بإنشاء حق الارتفاق عليه فينشأ ابتداء على أثر حدوث وفاة الموصى دل على ذلك مفهم المادة 878 قانون مدني بالاستنباط حيث جاء فيها: " تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد... " وهذا يعني أن مالك العقار له أن ينشئ حق ارتفاق على عقاره وقد يكون ذلك بطريق الوصية ويحدد له أجل، وقد يكسب حق الارتفاق بطريقة تبعية بسبب الوصية في حالة ما أوصى شخص بعقار له وكان هناك ارتفاق مقرر لمصلحة هذا العقار فينتقل بذلك حق الارتفاق إلى الموصى له تبعا لانتقال ملكية العقار المرتفق. هذا ونشير إلى أن القانون المدني أحال في مادته 775 بالنسبة للوصية على قانون الأحوال الشخصية إذ جاء فيها: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها ".

كما جعل القانون المدني كل التصرفات التبرعية في حالة مرض الموت تبرعات مضافة إلى ما بعد الموت وتسري عليها أحكام الوصية مهما كانت مسميات هذه التصرفات فنصت على: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص فغي حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف... ".

كذلك نصت المادة 777 من القانون المدني على أن أي تصرف من المالك لصالح أحد ورثته مع احتفاظه بحيازة الشيء المتصرف فيه أو الانتفاع به مدة حياته يكون وصية ما لم ينهض دليل يخالف ذلك.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده نظم موضوع الوصية في الكتاب الرابع منه في فصله الأول بحوالي (18) مادة من المادة 184 إلى المادة 201 حيث ذكر في مادته الأولى تعريف

الوصية ثم ذكر مقدارها في مال المورث ثم عرج على الموصي والموصى له وذكر شروطهما وأحوالهما وذكر في المادة 191 إثبات الوصية ثم تناول بعد ذلك أحكام الوصية.

المطلب الأول

ماهية الوصية

الفرع الأول

التعريف بالوصية وما يتعلق بها من أحكام

أولا- التعريف بالوصية:

عرفت الوصية بأنها (تمليك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع)[1].

ونلاحظ على هذا التعريف أنه جاء متجاهلا لموضوع الوصية من حيث أطرافها الموصي والموصى له.

وعرفها القانون الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة بـــ " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " وجاء كذلك هذا التعريف خاليا من ذكر طبيعة الوصية كونها تصرف فردي أحادي الطرف.

كما عرفت الوصية أنها " تصرف أحادي مضاف إلى ما بعد الموت يهدف إلى نقل ملكية شيء أو حق آخر إلى الموصى له "[2].

والملاحظ كذلك على هذا التعريف أنه لم يذكر أن انتقال هذه الأشياء والحقوق الأخرى إلى الموصى له يكون بطريق التبرع.

ونعتقد أن أحسن تعريف للوصية هو التالي: " الوصية تصرف أحادي بطريق التبرع مضاف إلى ما بعد الموت يهدف إلى نقل ملكية شيء أو حق آخر إلى الموصى له ".

وهذا التعريف جامع مانع فهو يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته فكلمة شيء تشمل المنقول والعقار وكلمة حق آخر تشمل المنافع مثل حق السكن وحق الانتفاع وغيرها... .

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في شأن الوصية أهي عقد أم تصرف فردي ينتج عن (إرادة منفردة) فذهب الشافعية إلى أنها عقد وعللوا ذلك بأن الوصية تنعقد بالإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له لأنه لا يمكن أن يدخل في ملك الإنسان شيء جبرا عنه إلا الميراث وكذلك تبنى المالكية

---

[1] العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 230.

[2] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص 69.

نفس الرأي فهم يقولون بضرورة قبول الموصى له لأن قبوله شرطا لصحة الوصية لكن يتراخ هذا القبول إلى بعد وفاة الموصي.

وذهب الأحناف إلى اعتبار الوصية تتم بالإيجاب فقط دون الحاجة إلى القبول لأن القبول في الوصية ما هو إلا شرط في لزوم الوصية وليس ركنا، وبه تكون الوصية تصرفا ينشأ بإرادة منفردة وقد تبنى المشرع الجزائري الرأي الثاني واعتبار الوصية تنعقد بمجرد صدور إيجاب الموصي وقبول الموصى له بعد وفاة الموصي لا يعد إلا شرطا للزوم الوصية وهذا ما نستشفه من نص المادة 191 قانون أسرة بقولها: " تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك... " فالمادة لم تذكر سوى إيجاب الموصي ولم تأتي على ذكر قبول الموصى له بل جعلته المواد 197 و198 و2001 مجرد شرط للزوم الوصية لأن الوصية توثق لدى موثق بناء على طلب وإيجاب الموصي دون قبول الموصى له الذي قد لا يكون على علم بها إطلاقا إلا بعد الوفاة.

ونحن نعتقد أن الوصية عقد يستوجب فيه إيجاب الموصي وقبول الموصى له لأنه صحيح قد تنشأ الوصية وتوثق عند الموثق دون علم الموصى له لكن رأيه بعد الوفاة يكون حاسم في تمام انعقادها وتنفيذها أو إبطالها وإلغائها فقد نصت المادة 198 من قانون الأسرة على إعطاء حق القبول أو الرد للورثة وهذا الحق لا شك ثابت لمورثهم فمصير الوصية متوقف على رأي الموصى له وخلفه العام إذا هلك قبل إعلان رأيه وكذلك نصت المادة 201 قانون أسرة على: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها " ومادام عدم قبول الموصى له للوصية يجعلها باطلة نعتقد أن قبول ورفض الموصى له يتبوء مكان مهم في إنشاء الوصية ومنها نميل إلى أن الوصية عقد ما كانت اختيارية[1].

ثانيا- أنواع الوصية:

تتنوع الوصية تبعا للحكم الشرعي فقد تكون الوصية واجبة وقد تكون محرمة كما تكون مندوبة أو مباحة أو مكروهة.

فالوصية الواجبة هي ما يوصي به الموصي من حقوق وواجبات تكون حقا لله تعالى قائمة في ذمته لم يتحلل منها وقت حياته فيوصي بأدائها بعد موته وقد مثل العلماء للوصية الواجبة بحق الأحفاد في ميراث جدهم إذا هلك أبوهم قبله فيتعين على الجد أن يوصي لهم بمقدار ما كان يرثه أبوهم لو بقي حيا وقد عبر عنها القانون الجزائري بالتنزيل في المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة.

[1] عرفت المادة 895 من القانون المدني الفرنسي الوصية بقولها: فالمادة كما ترى عرفت الوصية بأنها:

" Le testament est un acte lequel le testateur dispose pour le temps ou il n'existera plus de tout ou partie de ces biens et qu'il peut révoquer "

عقد بمقتضاه يضع الموصي بيد الموصى له كل ملكيته أو جزء منها ويمكنه الرجوع عن ذلك.

وتكون الوصية محرمة إذا قصد بها الإضرار بالورثة والإنقاص لهم من أنصبتهم بفعل الوصية ووجه الحرمة هنا مأخوذ من قوله تعالى في سورة النساء " من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حليم " فقوله تعالى غير مضار دل على حرمة الوصية بقصد الإضرار وقد قال صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار "[1].

أما الوصية المندوبة فهي التي تكون موجهة لجهة من جهات الخير والبر كالمساجد والمستشفيات وملاجئ الأيتام ودور العلم وغيرها.

والوصية المباحة هي الوصية لغير محتاج كالغني فلا ثواب عليها ولا عقاب.

وتكره الوصية ما كانت لفاسق أو لإقامة ما لا يجيزه الشرع من أمور كالوصية بمال لإقامة عرس يكون التبذير فيه وإفساد الأموال ظاهرا[2].

ثالثا- أحكام الوصية:

حسب القانون الجزائري الوصية تنشأ عن إرادة منفردة هي إرادة الموصي حسب المادة 191 من قانون الأسرة وللموصي أن يوصي بكل الأنواع التي يملكها سواء كانت هذه الأملاك أعيان أو منافع. وهذا ما دلت عليه المادة 190 بنصها على: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة " كما منحت المادة 192 من نفس القانون للموصي حق الرجوع في وصيته صراحة أو ضمنا فنصت على " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ".

ومن نص هذه المادة يتبين أن للوصية وسائل تثبت بها نصت عليها المادة 191 ق أ بقولها: " ثبت الوصية 1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك. 2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية " فوسيلة إثبات الوصية حسب المادة هو العقد الرسمي المحرر من قبل موثق في الحالة العادية، أما في حالة وجود مانع قاهر كعدم تمكن الموصي من الاتصال بالموثق لتحرير عقد بالوصية أو في حالة قيام نزاع حولها فتثبت الوصية في هذه الحالات بحكم قضائي لإثبات صحتها القانونية. كما اشترط القانون أن لا تزيد الوصية عن ثلث (3/1) التركة وكل زيادة عن الثلث لابد من إجازتها من طرف الورثة وتبطل كل زيادة عهن الثلث ما لم يرض بها الورثة وهذا ما حملته المادة 185 ق أ بنصها على: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " يستثنى من ذلك الوصية لوارث لا يجب تجاوز الثلث وإذا رهن

---

[1] عن أبي سعيد سعد بن سنان – رضي الله عنه – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر ولا ضرار " حديث صحيح أخرجه الدار قطني والحاكم والبيهقي، وأخرجه ابن ماجة في الأحكام وصححه الألباني في إرواء الغليل، أنظر محمد بن صالح العثيمين: التعليقات على الأربعين النووية، نشر دار الإمام مالك، 2001، ص 132.

[2] العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 238.

الموصي الموصى به كأن ينشأ رهن على أرض أوصى بها من قبل فلا يعد هذا من قبيل الرجوع في الوصية حيث نصت المادة 193 " رهن الموصى به لا يعد رجوعا في الوصية ".

أما الموصى له فإن قبوله للوصية سواء بصراحة أو ضمنا تكون وجوبا بعد وفاة الموصي ولا أثر لقبوله أو رفضه قبل ذلك جاء في المادة 197 ق أ " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي ".

ويجوز أن يكون الموصى به لشخصين فإذا أوصى لشخص بأرض ما ثم أوصى بنفس الأرض لشخص ثان فلا يعد هذا رجوعا في الوصية بالنسبة للأول بل يعتبران مشتركين في هذه الأرض الموصى بها، دليل ذلك نص المادة 194 ق أ " إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركا بينهما ".

وإذا أوصى لشخصين معنا دون تحديد ومات أحدهما قبل موت الموصي ولم تكن حصته الموصى بها له محددة يكون الموصى به كله للشخص الثاني فإذا كانت أرضا موصى بها لشخصين دون فرز لحصة كل واحد منهم ومات أحد الموصى لهم أستحق من بقي على قيد الحياة كل الأرض أما لو حددت وأفرزت حصة كل واحد فإن الحي منهما لا يكون له سوى حصته المحددة والباقي يرجع للورثة دل على ذلك نص المادة 195 ق أ.

وتتحول الوصية إلى (عمري) إذا كانت متضمنة الإيصاء بمنفعة لمدة غير محدودة وتنتهي وجوبا بموت الموصى له لما جاء في نص المادة 196 ق أ أن " الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمري ".

كما يجوز أن تعلق الوصية على شرط صحيح لأن الشرط الباطل تصح معه الوصية ويبطل هو ويستحق الموصى له والموصى به بعد إنجاز الشرط ما كان صحيحا وهذا ما جاء في المادة 199 ق أ بقي أن نشير إلى أن الوصية عكس الميراث تصح مع اختلاف الدين وتكون باطلة في حالتين حسب المادة 201 ق أ هما حالة موت الموصى له قبل الموصي وحالة رد الموصى له للوصية وسنتعرض لكل هذه الأحكام بأكثر تفصيل فيما سيتقدم من مطالب هذه المذكرة.

الفرع الثاني

أركان الوصية وخصائصها

أولا- أركان الوصية:

يذهب معظم الفقهاء إلى أن أركان الوصية أربعة هي الموصي والموصى له والموصى به والصيغة.

1- الركن الأول- الصيغة:

الصيغة هي العبارة اللفظية الصادرة من الموصي الدالة على إرادته في الإيصاء بشيء لشخص ما بأن يقول: أوصيت لفلان بكذا أو ما يقوم مقام العبارة حسب نص المادة 60 من القانون المدني " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ".

ولقد اشترط المشرع الجزائري انعقاد الوصية بالعبارة أو الكتابة ولم يجز انعقادها بالإشارة إلا في حالة عدم قدرة الموصي على العبارة أو الكتابة ويمكن استخلاص هذا قياسا على نص المادة 10 من قانون السرة حيث جاء فيها: "... ويصبح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة " فالمادة تحدثت عن النكاح وأوجبت أن يكون الإيجاب والقبول باللفظ أو الكتابة ويجوز استثناء بغيرهما ما توفر العجز، ويسقط حكمها على الوصية قياسا أما قبول الموصي له فهو حسب القانون الجزائري شرطا وليس ركن، فركن الوصية بالنسبة للصيغة هو الإيجاب فقط دون القبول ودليل ذلك نص المادة 191 قانون أسرة.

حيث نصت " تثبت الوصية بتصريح الموصي... " فدل على أن ركن الصيغة قائم على إيجاب الموصي دون قبول الموصى له والصيغة كركن قد تكون منجزة، وهذا يعني وجود حكم التصرف المراد على الفور وقد تكون مضافة وتعني تخلف حكم التصرف المراد إلى زمن لاحق وقد تكون الصيغة معلقة وهي ارتباط سريان وترتب حكم التصرف المراد بوجود شيء آخر سيوجد لاحقا لابد من حصوله ما كان صحيحا حتى يترتب حكم التصرف[1].

وحسب تعريف الوصية فإنها تكون دائما مضافة إلى ما بعد وفاة الموصي وهذا يعني أن صيغتها تكون مضافة وجوبا وقد تكون معلقة أحيانا لو علقت على شرط حسب نص المادة 199 ق أ.

---

[1] حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، نشر دار هومة، 2004، ص 46.

2- الركن الثاني- الموصي:

لتكون الوصية صحيحة ونافذة لابد من ضرورة توافر وقيام شروط وصفات بالموصي لا تصح الوصية بدونها وهي ما عددتها المادة 186 ق أ بقولها: " يشترط في الوصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشر (19) سنة على الأقل ".

أ- سلامة العقل:

لما كانت الإرادة هي أساس التصرف وكان التصرف صادر عن إدراك فإن تصرفات المجنون تقع كلها باطلة لأن الجنون مرض يسبب اضطراب العقل أو زواله فتنعدم معه الإرادة فلا يميز المجنون التصرف النافع من التصرف الضار لأجل هذا اشترط المشرع سلامة العقل في الموصي لأن الوصية من التصرفات التبرعية التي يكون ضررها قائم في مال الموصي لأنها لا يقابلها عوض وعليه تكون وصية المجنون باطلة بطلانا مطلقا[1] وقد يستشف هذا بمفهوم المخالفة من نص المادة 40 قانون مدني بنصها على: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية... " حيث يفهم من هذا أن من بلغ سن الرشد ولم يكن متمتع بقواه العقلية يكون غير مؤهل لمباشرة حقوق المدنية ومنها التصرفات القانونية ولم يفرق المشرع الجزائري بين وصية المجنون ولا المعتوه لأنه يعتبر كلاهما فاقد التمييز وتصرفاتهما تقع باطلة وهذا ما دلت عليه المادة 42 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 10/50 بنصها على: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون... ".

فحسب هذه المادة تكون تصرفات المجنون باطلة وكذلك تصرفات الصغير الذي لم يبلغ بعد سن التمييز حتى قبل الحجر عليهما وذلك لعدم تمتعهما بقوة عقلية تمكنهما من تمييز التصرف النافع من التصرف الضار، ونشير أن الحجر[2] قرينة على انعدام الأهلية فتبطل تصرفات المحجور عليه لانعدام أهليته[3] أم تصرفات المجنون قبل الحجر عليه فيكون أساسها انعدام إرادته وقت التصرف لأن الجنون إذ كان متقطع نميز بين تصرفات المجنون وقت الإفاقة ووقت الجنون فإذ صدرت عنه تصرفات وقت الإفاقة وأثبت ذلك كان التصرف صحيحا أم لو حصل التصرف وقت الجنون كان باطلا أما الجنون المطبق وهو الذي يستوعب كل أوقات المريض فتكون معه كل تصرفات المريض

---

(1) كذلك وصية السكران والمكره تقع باطلة لانعدام العقل عند السكران وانعدام الإرادة عند المكره.

(2) نصت المادة 101 من قانون الأسرة على " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه " وأنظر المواد من 102 إلى 108 من قانون الأسرة.

(3) نصت المادة 107 ق أ على " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر قاهرة وفاشية وقت صدورها ".

(المجنون) باطلة وهذا ما يستشف من نص المادة 85 قانون أسرة التي جاء في نصها: " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والعته أو السفه ".

فلفظة (إذا صدرت في حالة) تدل على أن الجنون أو العته أو السفه إذا لم تكن مطبقة (متقطعة) صحت تصرفات صاحبها وقت الإفاقة لأن لفظة حالة خصصت أوقات تعتري المريض يكون فيها بحالة مرضية وأوقات أخرى يكون فيها بحالة الإفاقة وبذلك تكون تصرفاته وقت الإفاقة صحيحة، ما أثبت ذلك.

وخلاصة القول أن سلامة العقل شرط لصحة الوصية بنص المادة 186 ق ا وسلامة العقل يناقضها الجنون والسفه والغفلة Démence prodigalité Imbécillité فإذا قامت حالة منها بالموصي بطلت وصيته.

ب-بلوغ سن تسعة عشر سنة (19) كاملة (السن القانوني):

اشترطت المادة 186 من قانون الأسرة كذلك في الموصي أن يكون بالغا لسن معينة هي 19 سنة على الأقل ولفظة على الأقل تفيد عدم قبول الوصية منه قبل هذا السن فحتى تكون وصيته صحيحة لابد من بلوغه على الأقل 19 سنة كاملة حسب التقويم الميلادي لأن المادة 03 من القانون المدني نصت على الآتي: " تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " غير أن المادة 84 ق أ أجازت لمن لم يبلغ بعد سن 19 سنة كاملة التصرف في أمواله بإذن من القاضي بناء على طلب من له مصلحة حيث فرق القانون بين سن التمييز وسن الرشد فقد نصت المادة 42 من القانون المدني على: "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة ".

ومفهوم المخالفة لهذه الفقرة تعني من بلغ سن ثلاثة عشر سنة يكون مميز وحسب نص المادة 84 ق أ يجوز للقاضي أن يأذن له في إبرام تصرفات على ماله لكن المادة 83 من نفس القانون حددت هذه التصرفات ووضعت لها شروط على النحو التالي بنصها على: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ".

فالمادة تعرض ثلاث حالات في النفاذ من عدمه بالنسبة لتصرف المميز فإذا كانت التصرفات متمحضة النفع له كانت نافذة وإذا كانت تصرفاته ضارة له كانت باطلة ابتداء وتكون تصرفاته متوقعة على إجازة الولي أو الوصية إذا كانت مترددة بين النفع والضرر ونعتقد مادامت الوصية تبرع بلا عوض فهي ضارة له ضرر محض لذلك تكون وصية المميز باطلة وحتى لو كانت الوصية قد يُلتمس منها بعض النفع للمميز فهي موقوفة على إجازة الولي أو الوصي.

وإذا جُمع بين النصوص نص المادة 83 ونص المادة 186 من قانون الأسرة تقول أن وصية من لم يبلغ سن 19 سنة كاملة باطلة لأن المادة 186 صريحة في ذلك والمادة 83 جعلت تصرف المميز الضار له باطلا ولما كانت الوصية بلا عوض وفيها إنقاص من مال المميز ضارة له كانت باطلة بنص المادة 83 ق أ.

وإلى جانب هذين الشرطين (سلامة العقل وبلغ السن القانوني) في نفاذ صحة الوصية تجدر الإشارة إلى أن عنصر الرضا لابد أن يتوفر في الوصية من طرف الموصي لأن المكره لا تصح وصيته فقد نصت المادة 88 من القانون المدني على: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق... ".

فيجوز إنزال الموصى له منزلة المتعاقد الآخر في حالة إذا مارس على الموصي إكراه يدفعه إلى الوصية وعليه من كان مكرها في الوصية وقعت باطلة لانعدام الرضا، سواء كان الإكراه من الموصى له أو من غيره.

3- الركن الثالث - الموصى له:

نصت المادة 187 من قانون الأسرة على: " تصح الوصية للحمل بشرط أو يولد حيا... " فالمادة صرحت بجواز وصحة الوصية للحمل وهو مقدر الوجود إذ قد يوجد مستقبلا وهذا أدعى لجوازها وصحتها لمن يكون وجود محققا وهو الشخص العادي ومما سبق يتضح أنه يشترط في الموصى له أن يكون موجودا وقت الوصية إما وجودا حقيقيا وإما وجودا تقديريا كالجنين في بطن أمه لأن الوصية تمليك والتمليك لا يجوز للمعدوم[1] ومنه يتضح عدم صحة الوصية للميت لأنه معدوم وهذا ما دلت عليه المادة 201 بنصها على: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي... " فالقانون الجزائري لا يجيز الوصية للمعدوم (الميت) رغم أن الفقه المالكي يجيزها لو علم الموصي بموت الموصى له فتكون لورثته من بعده[2] ومجمل الشروط التي يفترضها القانون في الموصى له هي أن يكوهن موجودا معلوما أهلا للتملك ولا يكون جهة معصية ولا قاتل للموصي ولا وارثا له.

---

[1] جاء في نص المادة 118 من القانون المدني ما يلي: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشارطة ".

وإذا استوظفنا مدلول هذه المادة في الوصية قلنا يجوز الوصية للمعدوم كان يوصي لأبناء ابنه الغير متزوج بعد أو أبناء أحد أقاربه الذي لم تحمل زوجته بعد (متزوج حديثا).

[2] وهبة الزجيلي: مرجع سابق، المجلد 8، ص 30.

أ$_1$- وجوب أن يكون الموصى له موجودا معلوما أهلا للتملك:

أسلفنا الذكر أن الموصى له قد يكون محقق الوجود وهي حالة الشخص العادي وقد يكون وجوده تقديري كالحمل فإن وجوده يقدر مستقبلا لو ولد حيا كذلك قد يكون الموصى له مفقودا لم يحكم بموته بعد حيث يعتبر حيا بنص المادة 133 ق أ، ومن ثمة يجوز الإيصاء له إذ جاء في هذه المادة " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا... " ويجوز القياس الموصى له على الوارث ولأن شخصية الإنسان القانونية (أهلية الوجوب) تمر بمرحلتين هما مرحلة الحمل المستكن والمرحلة الثانية تبدأ بعد الولادة فإن مرحلة الحمل المستكن ورغم أن أهلية الوجوب فيها ناقصة لعدم كفاءة الجنين لتحمل بالالتزامات فإنه رغم ذلك يكون صالح لاكتساب الحقوق التي لا يحتاج كسبها إلى صدور قبول منه كالميراث والوصية، ومنه تصح للحمل الحقوق الميراثية بنص المادة 134 ق أ وكذلك الوصية بنص المادة 187 ق أ بشرط أن يولد حيا وقد أعطت المادة 134 علامة الحياة وهي أن يستهل صارخا أو تبدو منه علامة ظاهرة بالحياة كالحركة وغيرها... وطرح المشرع فرضية تعدد الجنين في الحمل الواحد وجعل الحل لهذه الفرضية أن تكون الوصية مستحقة بالتساوي بينهما ولو اختلف جنسهما بأن كانا ذكرا وأنثا.

أ$_2$- وجوب أن يكون الموصى له معلوم:

يشترط كذلك في الموصى له أن يكون معلوما غير مجهول جهالة يستحيل رفعها وإزالتها لأن جهالة الموصى له تمنع استلام الموصى به بعد الوفاة فلابد من أن يكون الموصى به معلوم بعد وفاة الموصى بالتعيين أو بالوصف[1] وإلا بطلت الوصية لجهالة الموصى له وانعدام ركن في الوصية غير أنه يجوز الإيصاء بثلث ما له لجهة ما ستوجد في المستقبل قياسا على الجنين كالوصية للملجأ الذي سيتبنى مستقبلا أو مشاريع المساجد المستقبلية وغيرها[2].

أ$_3$- وجوب أن يكون الموصى له أهلا للتملك:

وهذا معناه أن الوصية لحيوان تقع باطلة لأنه ليس أهلا للتملك مع استثناء الوصية لله تعالى وأعمال البر والخير كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة أو مستشفى لأنها مجرد وصية بتصرف وهو إخراج مال معين بقيمة معينة من مال التركة وإنفاقه في وجه البر،والحكمة من وراء هذا الاستثناء حسب الأستاذ العربي بلحاج أن مفهوم التكافل موجود في مثل الوصايا[3] والتكافل بين أفراد المجتمع

---

[1] العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 257.

[2] قد تكون الوصية لجهة عامة كالبلدية أو الولاية أو حتى الدولة، أنظر المواد من 42 إلى 47 من قانون 30/90 يتضمن الأملاك الوطنية.

[3] العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 258.

مرغوب فيه ومحبذ فتصبح الوصية لهذه الجهات رغم عدم وجود القبول لأن العبرة في مثل هذه التصرفات في معانيها ومقاصدها وما تحققه للمجتمع من خير.

ب1- أن لا يكون الموصى له جهة معصية ولا قاتل للموصي ولا وارث له:

تمنع الوصية أن تكون لجهة معصية وهي الجهة المحرمة شرعا وقانونا ومثاله الوصية لإقامة كنيسة في بلاد المسلمين بمال الموصي المسلم أو الوصية لخليلة يعاشرها في الحرام بقصد مواصلة هذه العلاقة غير الشرعية ويمكن استخلاص هذه الأحكام من نص المادة 97 قانون مدني التي نصت على: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا " ومنه يتجلى بطلان الوصية لو كان مضمونها مخالفا للشرع أو كان مخالف للنظام العام والآداب.

ب2- الموصى له قاتل للموصي:

نصت المادة 188 من قانون الأسرة على: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا " وهذا يعني حرمان الموصى له الذي قتل أو تسبب في قتل الموصي عمدا لأن الخطأ لا يؤخذ به، فإذا كان الموصى له فاعلا أصليا أو شريك أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي ونفذ الحكم منع الموصى له من الوصية، أما لو كان القتل خطأ فلا يحرم الموصى له من الوصية، كذلك لو كان دفاعا عن النفس.

ب3- الموصى له وارث للموصي:

أصل الوصية أنها كانت في قرابة المورث قبل نزول أية المواريث حيث قال تعالى في سورة البقرة الآية 180: " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خير الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين " وجمهور العلماء على القول بنسخها بأية المواريث[1].

فقبل تشريع الميراث أُلزم الناس في بداية الإسلام بالوصية التي كانت واجبة بكل المال للوالدين والأقربين بالآية السابقة ثم نزلت آية سورة النساء بتشريع المواريث وهي قوله تعالى: " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا " وكذلك الآية 11 و12 من سورة النساء.

وبنزول هذه الآيات قيدت الوصية في الإسلام بقيدين هما:

القيد الأول: عدم جواز الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة لقوله صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع: " إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث "[2].

---

[1] السيد سابق: فقه السنة، المجلد 3، ص 420.

[2] رواه الترميذي وابن ماجة وأحمد والبيهقي، أنظر نيل الأوطار للشوكاني، المجلد 6، ص 39.

القيد الثاني: حدد مقدار الوصية بالثلث لقوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص لما أراد الإيصاء بشطر ماله لأنه لا يرثه إلا ابنته فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم وقال: " أوصي بالثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم (فقراء) عالة يتكففون الناس "[1].

وقد أخذ القانون الجزائري بهذا حيث جاء في المادة 189 من قانون الأسرة " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ".

فالأصل في الوصية للوارث المنع لكن قد تصح بإجازة الورثة إذا كانت مبنية على أسباب مشروعة يقدرها القاضي في حالة النزاع[2] ويجب أن لا تتجاوز الثلث لأن نص المادة 185 ق أ جاء فيها: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " فالجمع بين نص المادة 189 ونص المادة 185 من قانون الأسرة يدلنا على أن الوصية للوارث تنضبط بضابطين هما أن يجيزها الورثة الآخرين[3] وأن تكون في حدود الثلث[4].

والعبرة في كون الموصى له في عداد الورثة من عدمه هو تاريخ وفاة الموصى وليس تاريخ إنشاء الوصية[5] وكذلك إجازة الورثة لا عبرة بها إلا بعد وفاة الموصي.

4- الركن الرابع - الموصى به:

دلت المادة 190 ق أ للموصي أن يوصي بكل أنواع وأصناف الأموال التي يملكها سواء كانت أموال عقارية أو منقولة مادية أو معنوية[6] فقد نصت على: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة ".

ومن نص هذه المادة يتضح أن للموصى به شروط يجب أن تتوفر فيه وهي:

---

[1] رواه الجماعة، وأنظر الفقه الإسلامي وأدلته لزجيلي، المجلد 8، ص 8، وكذلك نيل الأوطار، المجلد 6، ص 37.

[2] العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 266.

[3] أنظر قرار من المحكمة العليا برقم 039 86 مؤرخ في 1992/11/24 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001، ص 292.

[4] قرار قضائي برقم 090 166 مؤرخ في 1997/07/29 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001، ص 298، كذلك جاء فيه " من المقرر قانونا أنه تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة ".

[5] السيد سابق: مرجع سابق، المجلد 3، ص 220.

[6] جاء في القرار القضائي المؤرخ في 1968/02/28 النشرة السنوية لسنة 1968، ص 98 ما يلي: " حيث أن الوصية يسوغ أن تكون إما شيء أو أعيان معينة أو بسهم وارث من التركة... ".

أ$_1$- أن يكون ملك للموصي وقابل للتمليك:

حيث يفهم من لفظة المادة "... أن يوصي بالأموال التي يملكها... " وجوب أن يكون الموصى به ملك للموصي لأنه لا يجوز له التصرف في ملك غيره ولا الإيصاء بملك غيره لأن فقد الشيء لا يعطيه فإذا كان لا يجوز له حسب المادة 397 قانون مدني بيع ملك غيره إذ يقع هذا البيع باطلا وغير ناجز، كذلك لا يجوز له قياس على ذلك الإيصاء بملك الغير.

أ2- أن يكون قابلا للتملك:

نصت المادة 96 من القانون المدني على: " إذا كان محل الالتزام مخالفا لنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " وبإسقاط هذه المادة على الوصية تكون الوصية باطلة إذ كان الموصى به مخالفا للنظام العام والآداب كذلك نصت المادة 682 من القانون المدني على: " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية... ".

وهذا يعني أن الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها كالهواء وماء البحر[1] أو الخارجة عن التعامل بحكم القانون كالمخدرات والمسكر والنقود المزورة لا تصلح أن تكون محل للوصية وعليه يشترط في الموصى به أن يكون مما ينتقل بالإرث حسب ما بيناه في الميراث[2].

ب$_1$- أن لا يكون الموصى به مستغرق بالدين وغير متجاوز للثلث إلا استثناء:

يشترط كذلك في الموصى به أن لا يكون مستغرق بالدين ومثاله أن تكون أرض مرهونة فلا يجوز أن تكون محلا للوصية، ولا تعارض بين هذا ونص المادة 193 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " رهن الموصى به لا يعد رجوعا في الوصية " فمدلول المادة يشير إلى أن الوصية وقعت قبل الرهن ولأنها مضافة إلى ما بعد الموت كان للموصي الحق في التصرف في كل ما له حتى ما أوصى به لأن القانون خوله حتى حق الرجوع في الوصية ومادام الأمر كذلك فإذا أوصى بدار أو بأرض ثم أجر رهن على هذه الدار أو الأرض فحسب المادة لا يعد هذا رجوع في الوصية لأنه قد يحررها من الرهن قبل وفاته والوصية لا تنفذ إلا بعد وفاته.

وقد يستشف أمر عدم جواز أن يكون الموصى به مستغرق بالدين من نص المادة 180 ق أ حيث جعلت هذه المادة تسديد ديون المتوفي مقدم على تنفيذ وصاياه وهذا يعني أن الموصى به لو كان مستغرق بالدين قُدم تسديد الدين على الوصية إلا إذا أسقط الغرماء دينهم أو أجازوا تنفيذ الوصية قبل استيفاء الدين.

ب$_2$- ألا يزيد الموصى به عن الثلث:

---

[1] إذا أحرز ماء البحر والهواء في حيز كالقنينة والبطريات الشمسية جاز بيعه وجاز الإيصاء به.

[2] أنظر الصفحة من هذه المذكرة.

نصت المادة 185 ق أ على: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " فحسب المادة لا يجوز أن تتجاوز الوصية ثلث التركة إلا بإجازة من الورثة ونميز بين الوصية لأجنبي (غير وارث) والوصية لوارث.

فالوصية لوارث يضبطها ضابطان هما ألا تزيد على الثلث فلا يجوز أن يوصي إنسان لأحد ورثته بأكثر من الثلث، والضابط الثاني أن يجيز الورثة ذلك حسب نص المادة 189 ق أ فإذا لم يجز الورثة هذه الوصية لأحد الورثة فلا تنفيذ إلا إذا عرضت على الفقهاء وأجاز القاضي ذلك مع اشتراط أن تكون الإجازة في حال حصولها بعد وفاة الموصي[1] وإذا أجاز بعض الورثة الوصية لوارث ولم يجزها البعض الآخر نفذت في حصة من أجاز فقط[2].

أما الوصية لغير الوارث فالأصل فيها أن تكون في حدود ثلث التركة لكن إذا زادت عن الثلث تتوقف هذه الزيادة على إجازة الورثة فإن أجازوا الزائد عن الثلث نفذت وإن رفضوا وردوا الزيادة بطلت وردت لثلث[3] ويقدر ثلث التركة من مجموعها عند وفاة الموصي وقبول الموصى له لأن ملك الموصى به يثبت للموصي بأثر رجعي (حسبما نبينه لاحقا) من يوم وفاة الموصي.

ثانيا - خصائص الوصية:

باستقراء نصوص القانون المقننة لموضوع الوصية يمكن استخلاص ثلاث خصائص للوصية بغض النظر عن الشروط المتطلبة في الموصي والموصى له والموصى به، وهذه الخصائص هي:

1 - الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت:

وهذا يعني أن الوصية غير نافذة إلى بعد وفاة الموصي وهي خاصية تشترك فيها الوصية مع الميراث وعبارة مضاف إلى ما بعد الموت تعني ضرورة إخراج الهبة لأنها تمليك في الحال والحكمة من جعل الوصية يتراخى نفاذها إلى بعد وفاة الموصي أنها عمل خيري القصد منه التقرب إلى الله والازدياد من الحسنات لاسيما وهو على شفرة القبر مدبرا عن الدنيا مقبلا على الآخرة فيتفضل عليه الله تعالى بقبول ثلث ماله كصدقة تزيد في أجره وترفع في منزلته عند ربه فقد روى أبي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم "[1] فالوصية إذا سبب ذكرى الخير في الدنيا وباب ثواب في

---

[1] لأن الإجازة قبل ذلك لا معنى لها لأن الموصى به لازال على ملك الموصي لكن بعد الوفاة يكون ما زاد عن الثلث من حق الورثة ولهم أن يجيزوا تصرف مورثهم أو يردوه.

[2] وهبة الزجيلي: مرجع سابق، المجلد 8، ص 52.

[3] نصت المادة 185 قانون أسرة على " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة ".

[1] رواه الدار قطني وأحمد والبيهقي وابن ماجة والبزار، أنظر الشوكاني: نيل الأوطار، المجلد 6، ص 39.

الآخرة شرعت لأجل التمكين للعمل الصالح وصلة للرحم والأقارب من غير الوارثين وعون للمحتاجين وتنفيس عن المكروبين[2] وتداركا لما فرط به الإنسان في حياته من أعمال الخير وجبرا للنقص. لأجل ذلك أضيفت إلى ما بعد وفاة الإنسان وقد تبنى التشريع الجزائري ذلك في المادة 184 من قانون الأسرة.

2- لا تكون الوصية إلا في حدود الثلث وما زاد عن ذلك متوقف على إجازة الورثة:

الخاصية الثانية للوصية أنها لا يجوز أن تزيد عن الثلث إذا كان الموصى له وارث ويجوز استثناء الزيادة عن الثلث لغير الوارث لكن هذه الزيادة موقوفة على إجازة الورثة وعمدة ذلك الحديث التالي: " عن سعد بن أبي وقاص رض الله عنه قال: " جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعوذوني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: رحم الله ابن عفراء قلت يا رسول الله، أوصي بمالي كله؟ قال: لا، قلت: فالشطر؟ قال: لا، قلت: الثلث؟ قال: فالثلث، والثلث كبير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم، وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة، حتى اللقمة التي ترفعها إلى فيّ امرأتك، وعسى الله أن يرفعك فينتفع بك ناس ويضر بك آخرون "، ولم يكن له يومئذ إلا ابنة "[3].

وجاء في المادة 185 ق أ تبعا لذلك ما يلي: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " كما جاء في نص المادة 189 من نفس القانون التالي: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ".

3- قبول الموصى له لا يكون إلا بعد وفاة الموصي:

أول ما نسجله في هذه الخاصية أن قبول الموصى له ضروري في نفاذ الوصية من عدمها رغم أن القبول ليس ركن بل هو شرط لزوم[4] فإن قبلها ألزمت وإن ردها بطلت لكن هذا القبول لا يعتد به إلا بعد وفاة الموصي لأن الوصية من العقود غير اللازمة حسب المادة 192 ق أ حيث يستطيع الموصي الرجوع في وصيته متى شاء مادام على قيد الحياة، وهذا ما جعل إجازة الورثة لما زاد عن الثلث لا يعتد بها كذلك إلا بعد وفاة الموصي إذ تنص هذه المادة على: " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا... " فالمادة جوزت الرجوع في الوصية وهذا ما جعل قبول الموصى له غير معتد به قبل وفاة الموصي مصرا على وصيته وهذا ما أكدته المادة 197 ق أ بنصها على: " يكون قبول

---

[2] وهبة الزجيلي: مرجع سابق، المجلد 8، ص 11.

[3] حديث متفق عليه أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود في سننه والنسائي، أنظر عبد العظيم بن بدوي: الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، نشر دار الإمام مالك، سنة 1996، الجزائر، ص 410.

[4] هذا بالنسبة لأصحاب الرأي الأول، وإلا فقد أثبتنا أن الوصية مادام يمضيها أو يلغيها رأي الموصى له قبولا ورفضا فإنها عقد.

الوصية صراحة أو ضمنا وبعد وفاة الموصي " ونلاحظ أن المشرع اشترط أن يكون القبول بعد وفاة الموصي صراحة أو ضمنا ومعنى هذا أن السكوت لا يعتبر قبولا ويدل على ذلك نص المادة 197 ق أ وكذلك نص المادة 198 الذي جاء فيه: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد " فيفهم من هذه المادة أن سكوت الموصى له لا يعد قبولا بل لابد أن يكون القبول صراحة أو ضمنا وإلا انتقل للورثة في حالة موت الموصى له دون قبول.

إذن ثالث خاصية تتميز بها الوصية هي خاصية أن قبول الموصى له للوصية لا يكون معتدا به إلا بعد وفاة الموصي.

الفرع الثالث

موانع الوصية

قدمنا أن الوصية من التصرفات التبرعية التي تنعقد بالإرادة المنفردة بعد توافر ما أثبتناه من أركان وشروط، لكن قد ينزل بالوصية أوصاف وتلحقها تصرفات سواء من الموصي أو الموصى له أو الورثة يجعلها غير نافذة بل باطلة ومنها:

أولا- موت الموصى له قبل الموصي:

لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فهي لا تلزم إلا بوفاة الموصي مصرا عليها ولأن الشروط الواجبة لنفاذها هي موت الموصي وقبول الموصى له بعد الوفاة حسب المادة 184 و197 من قانون الأسرة فإن موت الموصى له قبل الموصي تبطل به الوصية حيث جاء في نص المادة 201 ق أ " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي... ".

والجدير بالذكر أن الفقه يشترط موت الموصي مصرا على الوصية[1] لأنه بإمكانه الرجوع فيها أثناء حياته وجاء في نص المادة 192 ق أ " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا... ". والسؤال المفترض هنا هو ما حكم الوصية التي أجراها صاحبها ثم اعترت أهليته أحد عوارض الأهلية كالجنون مثلا وكان مطبقا إلى وفاة الموصي فإن هذا الجنون الذي صاحبه حتى مات لا يمكن التبين معه أنه مات مصرا على وصيته؟

والحل حسب القانون الجزائري أن شرط الأهلية واجب عند انعقاد الوصية فقط[1] ولا يؤثر زوالها بعد ذلك في صحة الوصية حسب نص المادتين 186 و192 من قانون الأسرة.

---

[1] وهبة الزجيلي: مرجع سابق، المجلد 8، ص 116، وانظر المادة 197 قانون أسرة التي نصت على " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي " فيفهم من هذا النص خاصة عبارة – بعد وفاة الموصي – أنه يشترط موت الموصي مصرا على وصيته.

[1] العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 317.

ثانيا - قتل الموصي عمدا من طرف الموصى له:

نصت المادة 188 ق أ على: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا ".

فالعبرة في القتل أن يكون عمدا حسب نص المادة وهذا معناه أن القتل الخطأ تصح معه الوصية فلو قتل الموصى له الموصي بطريق الخطأ لا يؤثر ذلك على صحة الوصية لأن المادة حددت أن يكون القتل عمدا فإذا تحقق القتل العمدي منع الموصى له من الوصية تطبيقا للقاعدة القائلة: من تعجل شيء قبل أوانه عقب بحرمانه، ويدخل في القتل العمدي أن يكون الموصى له محرضا على قتل الموصي أو آمر بذلك أو دال عليه أو وضع سم له مات به، فضلا على أن يكون فاعلا أصليا للقتل أو شريكا فيه أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام وتنفيذه.

وخلاصة القول أن مدار المر أن يكون القتل عمدا ويتبين ذلك من قصد الموصى له فطريقة القتل غير مهمة بل المهم توافر القصد والنية إلى إحداث الوفاة، فمن قصد وعمد حُرم من الوصية ومن لم يقصد ولم يعمد أخذ الوصية[2].

ثالثا- رد الوصية من طرف الموصى له بعد وفاة الموصي:

أسلفنا الذكر أن الوصية حسب القانون الجزائري تنتقل انتقال غير مستقر بمجرد حدوث واقعة الوفاة ويتوقف استقرارها على قبول الموصى له هذه الوصية، أما لو ردها بطلت ولا عبرة برده للوصية فغي حياة الموصي بل يكون رده مقبولا إذا صدر منه بعد وفاة الموصي مصرا على وصيته فقبول الموصى له للوصية أو ردها لا يشترط فيه الفور بل يكون على التراخي[3] لأن الفورية لا تشترط إلا في العقود المنجزة التي تتطلب توافق إرادتين (إيجاب وقبول).

وبمناسبة حديثنا عن الرد والذي جعلت منه المادة 201 قانون أسرة مبطلا للوصية حيث جاء فيها: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها " فمادامت إرادة الموصي ناهضة ولها هذه القوة في إنفاذ الوصية أو إبطالها نميل كما أثبتناه سابقا إلى اعتبار الوصية الاختيارية[1] عقدا لأن العقد متوقف على توافق إرادتين وإذا كان الموصى له لا يترتب في ذمته أي التزام فإن صحة الوصية وبطلانها متوقف على إرادته وقد نصت المادة 56 من القانون المدني على: " يكون العقد

---

[2] محمد محدة: مرجع سابق، ص 38.

[3] اشترط القانون المصري في المادة 22 من قانون الوصية أن يكون رد الوصية خلال ثلاثين (30) يوما من وفاة الموصي وعدم إظهاره لرأيه خلال هذه المدة يعتبر ردا منه للوصية وهذا حتى لا يتسبب تأخره في قبول الوصية أو ردها بضرر للورثة، كذلك فعل القانون السوري في مادته 227 هذا ما لم يكن للموصى له عذرا مقبولا ولم يتعرض القانون الجزائري لهذه النقطة.

[1] لأن الوصية الواجبة (التنزيل) لها حكم الميراث ولا تشبه الوصية الاختيارية إلا في انحصارها في ثلث التركة.

ملزما لشخص أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين ".

فالمادة صريحة في تسمية التصرف الذي يلتزم فيه من طرف واحد (بالعقد) ونعتقد أن الوصية تنطبق عليها الأوصاف التي جاءت في نص المادة 56 قانون مدني فهي تصرف يلتزم فيه الموصي تجاه الموصى له دون التزام من الموصى له.

إذن فثالث أمر تبطل به الوصية هو ردها وعدم قبولها[2] من طرف الموصى له وفي حالة موت الموصى له قبل إبداء رأيه بالموافقة أو الرد وكان موته بعد الموصي انتقل هذا الحق في القبول أو الرد لورثته وهذا ما عنته المادة 198 من قانون الأسرة بنصها على: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد " وأشارت المادة 197 ق أ إلى ضرورة أن يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي وهذا يعني ضرورة القبول باللفظ والقول وما يقوم مقامهما، فالقبول الصريح يكون بإعلان قبوله للوصية والقبول الضمني يكون بتصرفه في الموصى به فإذا كانت دارا وسكنها الموصى له بعد موت الموصي عُدّ هذا قبولا ضمنيا، كذلك إذا كانت أرضا وباشر زراعتها بعد وفاة الموصي عُدّ هذا كذلك قبولا ضمنيا. ونسجل عدم تعرض القانون الجزائري إلى المدة الممنوحة للموصى له أو ورثته من بعده التي يجب عليهم فيها إعلان رغبتهم في القبول أو الرد[3] لأن عدم التحديد يجعل المدة مفتوحة مما يكثر معه النزاع ولا نجد مخرجا من ذلك سوى نص المادة 63 من القانون المدني الفقرة الثانية منها حيث جاء فيها: "... وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة " وحسب هذه الفقرة وبحكم أن الوصية تأخذ من ثلث التركة فإذا فتحت التركة وبوشر في تقسيمها وكان الموصى له عالما بذلك ولم يتخذ أي موقف يدل على قبوله أو رده للوصية وسجل انتقال التركة وأُشهر عُدّ الموصى له مستغنيا عن الوصية وراد لها ما لم يؤكد قبوله لها أمام الموثق الذي أبرمها وحررها في حياة الموصي[1] لأن المادة 197 ق أ أشارت إلى ضرورة أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا ولا مكان للسكوت، إذ يفسر رفضها وردا لها. ويكون قبول الوصية أو ردها في حالة الجنين أو المجنون أو القاصر من طرف وليه أو الوصي عليه[2] حيث جاء في المادة

---

[2] قد يجزئ القبول فيقبل الموصى له جزء من الموصى به ويرد جزء آخر وهذا جائز لأنه من المستقر عليه شرعا أنه من يملك الكل يملك الجزء، فمن يملك قبول كل الموصى به أو رده فيكون له كذلك قبول بعضه ورد البعض الآخر ومثاله أن يوصى له بدار وأرض فيقبل الدار ويرد الأرض.

[3] نص القانون المصري على تحديد المدة الممنوحة للموصى له في بث رأيه قبولا أو رفضا للوصية في المادة 22 من قانون الوصية كذلك القانون السوري في المادة 1/227 مدني وذلك برد الوصية أو قبولها خلال 30 يوم من وفاة الموصي.

[1] سوف نلاحظ في المطالب القادمة أن الوصية تحرر من قبل موثق في حياة الموصي وتسجل.

[2] السنهوري: مرجع سابق، المجلد 9 (الأول)، ص 210.

81 ق أ ما يلي: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصا لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون ".

رابعا - هلاك الموصى به:

أركان الوصية هي الصيغة، والموصي، والموصى له، والموصى به، وتخلف أحد هذه الأركان يؤدي إلى بطلان الوصية فإذا كان الموصى به معين بالوصف أو التحديد أو الإشارة كأن يوصي له بالدار الفلانية أو الأرض الفلانية وهلكت هذه الأرض أو الدار كانهدام الدار أو غرق الأرض إذا كانت مجاورة لنهر أو لبحر وابتلعها النهر وغمرتها مياهه فإن الوصية تبطل لتخلف أحد أركانها وهو الموصى به، أما لو كان الموصى به غير معين ومثاله أن يوصي بثلث أرضه لفلان أو بأحد الشقق التي يملكها لفلان وهلك جزء من أرضه أو انهدام عدد من عمارته فإن الوصية تبقى قائمة لعدم تعيين الموصى به وتَرِد الوصية إلى ثلث ما بقي من أرضه أو دوره وغيرها ويمكن في هذا الشأن تطبيق نص المادة 369 من القانون المدني التي تحدثت عن هلاك المبيع فتسقطها على هلاك الموصى به حيث جاء فيها: " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لابد للبائع فيه سقط البيع... " كذلك إذا هلك الموصى به سقطت الوصية وبطلت ويستوي أن يهلك الموصى به قبل موت الموصي أو بعده لأن العبرة بمحل الوصية.

خامسا - الوصية لوارث:

تنص المادة 189 من قانون الأسرة على: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " فالمادة تنفي الوصية للوارث إلا بشرطين هما: إجازة الورثة لذلك وضرورة أن تكون هذه الإجازة بعد وفاة الموصي.

فالقاعدة والأصل حسب هذه المادة عدم جواز الوصية لوارث[3] والاستثناء على هذه القاعدة أن

---

[3] صح عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: " إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث " رواه الترميذي وأحمد (نيل الأوطار) سبق تخريجه.

يقبل بقية الورثة هذه الوصية[1] لأحدهم على أن يكون قبولهم بعد وفاة الموصي لأن قبولهم قبل ذلك لا عبرة به لكون الوصية لا تكون نافذة إلا بموت الموصي، وقد أضافت المادة 185 ق أ شرطا ثالثا هو أن تكون الوصية لوارث محددة بالثلث[2] فإذا تخلف شرط من هذه الشروط بطلت الوصية.

ونلاحظ أن عدم إجازة الورثة لوصية الوارث تبطلها[3] لكن يجب المراعاة في عدم إجازتها أن يكون مشروعا ومسببا قانونا أي له أسباب معقولة ومقبولة قانونا وإلا جاز للمحكمة الفصل في هذا الرفض وعدم قبوله وإمضاء الوصية لوارث إذا تبين من ظروف الحال استحقاق هذا الوارث للوصية كأن يكون بقية الورثة ميسورين ماديا أو تقوم بالوارث الموصى له حالات تتطلب حصوله على أكثر من نصيبه في الإرث كإصابته بعاهة مزمنة مثلا وغيرها... وقد أجاز القانون المدني الوصية لوارث في المادة 777 التي جاء فيها: " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته... " وصرف جميع أحكام الوصية إلى قانون الأسرة بنص المادة 775 قانون مدني " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها ".

بقي أن نشير كذلك إلى أن الرجوع في الوصية[4] من طرف الموصي لا يعتبر إبطالا لها لأنها لم تنعقد أصلا فهي مضافة إلى ما بعد موت الموصي ومادام رجع فيها قبل موته فهو رجوع عن الوصية حسب تعبير المادة 192 ق أ وليس إبطالا لها لأن الإبطال يكون للشيء المنعقد أصلا والوصية تنعقد ولا تكون نافذة إلا بعد وفاة الموصي.

---

[1] جاء في نيل الأوطار للشوكاني، المجلد 6، ص 40، حديثا عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " وجاء عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة " ونقل الشوكاني عن بعضهم قوله أن نسخ آية الوصية في قوله تعالى: " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين... "أن نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز، وهذا معناه أن الوصية للقربين انتقلت بنسخها بآيات المواريث من الوجوب إلى الجواز، فتجوز الوصية لوارث، أنظر نيل الأوطار للشوكاني، المجلد 6، ص 41.

[2] العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 265.

[3] جعل المشرع كل تصرفات المريض مرض الموت مبنية على إجازة الوارث، وحتى البيع لوارث يجب أن يخص بإجازة الورثة، أنظر المادة 408 قانون مدني جزائري.

[4] أنظر المادة 192 قانون أسرة.

المطلب الثاني

الشروط المستوجبة قانونا في انتقال الوصية – إذا كانت عقارا –

عرفنا سابقا في أثناء تطرقنا لانتقال عقارات التركة أن هذا الانتقال يوثق ويسجل ويشهر وبما أن الوصية تشبه الميراث لأنها تؤخذ من التركة وتستحق بالوفاة. فهل يجري عليها ما يجري على انتقال عقارات التركة للوارث أم لا؟ بعبارة أخرى هل توثق الوصية وتسجل وتشهر أم لا؟

ونعرف الإجابة عن هذه التساؤلات في فروعنا القادمة.

الفرع الأول

توثيق الوصية

الوصية تصرف قانوني أوجب المشرع الجزائري أن تصب في شكل رسمي حيث نصت المادة 191 من قانون الأسرة على: " تثبت الوصية 1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك 2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية ".

وبتحليل هذه المادة يستنبط منها الأمور التالية:

أولا:

1- المشرع في هذه المادة لم يفرق بين العقار والمنقول حيث اشترط في كليهما إذا كان وصية وجوب صبه في قالب رسمي لأن عبارة المادة جاءت عامة في قولها (تثبت الوصية) فهي على العموم تشمل العقار والمنقول عكس المعهود الذي جاءت به المادة 324 مكرر 1 في فرض الشكلية على التصرفات الواردة على العقارات فقط، فالوصية أوجب فيها المشرع الشكلية وضرورة إبرامها أمام موثق بصريح نص المادة 191 ق أ "... بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك " سواء كان محل الوصية عقارا أو منقولا.

2- ثاني أمر يستنبط من نص المادة المذكورة هو الاستثناء الذي جاء به المشرع في إثبات الوصية وهذا الاستثناء منوط بوجود مانع قاهر حال دون تمكين الموصي من التصريح أمام الموثق بوصيته فيسار إلى إثبات الوصية باستصدار حكم قضائي يثبت صحة الوصية ويؤشر بهذا الحكم على هامش أصل الملكية وصورة هذا الاستثناء أن تعاجل المنية شخص ما كان ينوي الوصية لشخص آخر فحضرت منيته وتعذر عليه الانتقال إلى الموثق وعند احتضاره أشهد شهودا على وصيته ومات. في هذه الحالة ليس للموصى له إلا طريق العدالة في إثبات وصيته برفع دعوى أمام القضاء المختص بغية استصدار حكم يقضي له بصحة الوصية ويأمر بالتأشير بها على هامش أصل الملكية.

فالأصل في الوصية أن تصب في شكل رسمي أمام موثق وبحضور شاهدين[1] حيث يحرر عقد بذلك من طرف الموثق، لكن رغبة من المشرع في منح فرصة للأشخاص وهم مقبلون على الآخرة في أن يستكثروا من الخيرات، ووضع هذا الاستثناء في قبول الوصية غير المصرح بها أمام الموثق لكن اشترط أن يكون ذلك عن طريق القضاء في حق الموصى له.

ونعتقد أن المشرع رغب في الإبقاء على هذا الاستثناء رغم تعديل قانون الأسرة مؤخرا بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 لأنه لم يمس هذه المادة بالتعديل رغم أنه عدّل معظم الكتاب الأول والمادة 87 من الكتاب الثاني في قانون الأسرة الجزائري.

وصدر قرار من المحكمة العليا برقم 350 160 بتاريخ 1997/12/23 ذهب إلى استبعاد الوصية الشفوية حيث جاء فيه: "... فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون "[2].

ثانيا - محل الوصية عقار:

سجلنا سابقا أن الوصية أوجب فيها المشرع أن تتم بطريق التصريح أمام الموثق الذي يحرر عقدا بذلك مهم كان محل الوصية عقارا أو منقولا.

---

(1) جاء في نص المادة 324 مكرر 3 قانون مدني ما يلي " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين " والملاحظ أن المشرع لم يشر إلى العقود الاحتفائية ما هي ولم يحددها مما جعل الأمر مبهما فما هي العقود الاحتفائية التي تتطلب حضور شاهدين ونعتقد أن المشرع ينقل عن التشريع الفرنسي بالضبط عن المادة 9 من قانون فانتوز المعدل بالمرسوم المؤرخ في 1902/08/12 والتي تحدثت عن وجوب تحرير العقود الاحتفائية بحضور شاهدي عدل كما حددت العقود الاحتفائية بـــ: الوصية والرجوع فيها، الهبة بين الأحياء والرجوع فيها، الزواج، الوكالات المرتبطة بتلك العقود، الهبة بين الأزواج، الإقرار ببنوة الولد الطبيعي، الترخيصات المتصلة بهذه العقود. والمشرع في نقله عن التشريع الفرنسي دون ذكر وتحديد العقود الاحتفائية قد جانبه الصواب، فرغم تعديله للمادة 324 مكرر 3 قانون مدني التي كانت تتناقض بين نصها العربي والفرنسي فهو رغم جعل النص الفرنسي منسجم مع النص العربي في التعديل الجديد بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 لكنه بإغفاله لتحديد أنواع العقود الاحتفائية جعل الأمر مبهما لأن الباحث عند انعدام النص الموضح لنوع العقود الاحتفائية يرجع إلى الشريعة الإسلامية ثم على العرف بنص المادة 01 من القانون المدني ولا يرجع إلى القانون الفرنسي. فمسايرة للمشرع الجزائري في قصده وبتطبيق المادة 324 مكرر 3 نقول أن حضور شاهدي عدل في الوصية واجب تحت طائلة بطلانها. لزيادة التوسع في ذلك أنظر بوحلاسة عمر: شهادة الشهود في العقود التوثيقية، مجلة الموثق، العدد 09 و10 الصادر بتاريخ 2003، ص 24 العدد 10، ص 26 العدد 09.

(2) مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 295 نقلا عن حمدي باشا عمر: القضاء العقاري، ص 212.

ولكون العقار خصوصا يشترط فيه القانون وجوبا وضرورة صب المعاملات الواردة فيه في شكل رسمي، والشكل الرسمي هو العقد الرسمي الذي عنته المادة 324 من القانون المدني الذي يحرر من طرف ضابط عمومي خولته السلطة العمومية وفوضته إصدار هذه العقود فإن الوصية إذا كان محلها عقار يتأكد وجوب توثيقها مرتين مرة بنص المادة 191 ق أ لأنها اشترطت التوثيق في الوصية مهما كان محلها ومرة ثانية بمجموع النصوص المختلفة[1] التي أوجبت توثيق كل تصرف وارد على عقار.

فالأمر جلي في توثيق الوصية إذ اشترطت المادة 191 ق أ أن يكون إثباتها عن طريق تصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك ولاشك في أن هذا المحرر أصدره الموثق تكون طبيعته توثيقية تبعا لمن حرره.

أما في الحالة الاستثنائية المترتبة على وجود مانع قاهر حال دون حصول التصريح أمام الموثق فإثبات الوصية يكون بحكم قضائي يخول للموصى له التأشير بحقه في الوصية على هامش أصل الملكية الذي قد يكون عقد ملكية أو دفتر عقاري تمهيدا لإثبات هذا الحق في الشهادة التوثيقية.

الفرع الثاني

تسجيل الوصية

لما كانت الوصية من المحررات التي يصدرها موثق بنص المادة 191 ق أ ولما كان قانون التسجيل رقم 105/76 يوجب في مادته 58 و60 على الموثقين تسجيل العقود والمحررات التي قاموا بإصدارها وبما أن المادة 10 من قانون التوثيق الجديد رقم 02/06 أوجبت كذلك على الموثقين ضرورة تسجيل ما حرروا من عقود، فإن الوصية تسجل بمصلحة التسجيل والطابع.

أولا- آجال تسجيل الوصية:

إن القاعدة المستخلصة من قانون التسجيل في مجال الآجال الممنوحة للموثقين التي ينبغي عليهم خلالها تسجيل ما أصدروه من محررات هي مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ المحرر.

إلا أن الوصية حضيت باستثناء على هذه القاعدة جسدته المادة 64 من قانون التسجيل بنصها على: " إن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصايا ".

---

[1] أنظر المادة 324 مكرر 1 قانون مدني والمادتين 29 و30 من قانون 25/90 يتضمن التوجه العقاري والمادة 61 من المرسوم رقم 63/76 يتعلق بتأسيس السجل العقاري.

والمستخلص من هذه المادة أمران هما:

1- الأمر الأول: أن الوصية توثق لدى موثق في الحالات العادية لكن يتأخر تسجيلها إلى ما بعد وفاة الموصي وعلة ذلك أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولا تنتج آثارها إلا بعد وفاة الموصي حيث يكون له حق الرجوع فيها قبل موته فإذا مات مصرا عليها أنتجت آثارها وانتقال للموصى له حق قبولها أو ردها هذا الحق الذي كان لا أثر له قبل موت الموصي.

الأمر الثاني: أن القانون منح مدة ثلاثة (03) أشهر ابتداء من موت الموصي لتسجيل الوصية لكن بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصايا.

ونسجل أن هناك فرق بين التصريحات التي أوجبت المادة 66 من قانون التسجيل على الموصى لهم والورثة تقديمها عن الموال التي استحقوها وانتقلت لهم بسبب الوفاة والتي يتقرر آجال تسجيلها بسنة واحدة[1] وبين تسجيل الوصية خصوصا هذه الأخيرة التي تكون محفوظة في مكتب الموثق بعد أن حررها بناء على طلب الموصي وهذا ما أشارت له المادة 10 من قانون التوثيق بنصها على: " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا... " والتي لا تسجل إلا بعد وفاة الموصي وقد أشارت المادة 156 من قانون التسجيل كذلك إلى هذا الأمر وفرضت على الموثق إعداد سجلات خاصة بإيداع الوصايا يذكر فيها تاريخها وأطرافها وتخضع إلى تأشير مفتش التسجيل. فالوصية حسب هذه النصوص تسجل مرتين مرة بصفة مجملة مع كل ما خلفه الهالك من أموال فتسجل مع التركة بواسطة التصريح الذي فرضته المادة 65 و171 من قانون التسجيل، وتسجل مرة ثانية بنص المادة 64[2] من نفس القانون بصفة خاصة وهذا التسجيل الخاص جعلت المادة 97 من قانون التسجيل عقوبة تأخيره عن المدة المقررة له وهي (3) أشهر أن يضاعف رسم التسجيل في حين جعلت المادة 98[3] عدم التصريح من طرف الورثة والموصى لهم وهو التسجيل الأول الذي ذكرناه عقوبته تعويضا يدفع للخزينة يحدد معدله بـــ 1% عن كل شهر أو جزء من شهر ابتداء من تاريخ الاستحقاق دون ازدواج دفع الرسوم فلا تدفع مرتين حسب مفهوم المادة 79 من قانون التسجيل.

ثانيا - مكان تسجيل الوصية:

---

(1) أنظر الصفحة من مذكرتنا هذه.

(2) جاء في المادة 64 من قانون التسجيل " إن الوصايا غير المسجلة خلال الآجال تخضع لضعف رسم التسجيل ".

(3) نصت المادة 98 من نفس القانون على " إن الورثة أو الموصى لهم الذين لم يقدموا خلال الآجال المنصوص عليها التصريحات بأموالهم المنقولة لهم عن طريق الوفاة يدفعون تعويضا يحدد معدله بـــ 1% عن كل شهر أو جزء من شهر التأخير ومستحق ابتداء من اليوم الأول من الشهر الذي يلي تاريخ استحقاق الرسوم التي يتعلق بها ولا يمكن أن يقل هذا التعويض عن 100 دج... ".

كما أسلفنا (القاعدة في مكان التسجيل) أن يكون في مكتب التسجيل الواقع في دائرة اختصاصه مكتب الموثق الذي حرر العقد.

لكن المادة 80 من قانون التسجيل خصصت تسجيل انتقال الملكية عن طريق الوفاة بأن يتم في مكتب التسجيل التابع له محل سكنى المتوفي وهذا معناه أن الإرث والوصية يخصصان بالتسجيل في مكتب التسجيل محل سكنى المورث (الموصي)[1] غير أن الوصية خصصت بخاصية أخرى هي أن الوصية المبرمة في خارج الجزائر وإذا كان محلها عقارا تسجل على مستوى مكتبين هما مكتب التسجيل التابع له محل سكنى الموصي أو محل سكناه الأخير المعروف بالجزائر ومكتب التسجيل التابع له موقع العقارات المعنية بالوصية دون أن يترتب على ذلك أن تدفع رسوم التسجيل مرتين حيث جاء في المادة 79 من قانون التسجيل ما يلي: " الوصايا التي تمت في الخارج لا يمكن تنفيذها على الأموال الموجودة في الجزائر إلا بعد تسجيلها في المصلحة التابعة لمحل سكنى الموصي إذا احتفظ بواحد وإلا في مكتب محل سكناه الأخير فيجب فضلا عن ذلك أن تسجل في المكتب التابع لموقع هذه العقارات من دون أن يترتب عن ذلك ازدواج الرسوم ".

وتأخذ الوصية نفس حكم الميراث بالنسبة للتقادم حقوق الخزينة في رسوم التسجيل لكون الوصية والميراث مأخوذين من تركة الهالك.

الفرع الثالث

شهر الوصية

لقد تضاربت الآراء في شأن شهر الوصية من عدمه بالنسبة لمن أخذ هذا الموضوع بالشرح في القانون الجزائري.

فذهبت طائفة منهم إلى عدم شهر الوصية الواردة على عقار لانعدام النص حيث جاء في كتاب الوصية في القانون المدني الجزائري لصاحبه محمد زهدور أن الوصية لا تشهر معللا ذلك بأن نص المادة 793 من القانون المدني لا يشمل التصرفات بل تنحصر إشارته إلى الحقوق الناشئة عن العقد فقط لأن عبارة المتعاقدين يفهم منها صرف الأمر إلى العقد دون غيره، ويذهب حتى إلى عدم شهر حق الإرث والوصية لأن المادة 16 من المر 74/75 لا تشير في فقراتها سوى إلى العقود والاتفاقات ولم تأتي على ذكر الوصية لأن التصرفات غير مذكورة ويذهب للتدليل على رأيه كذلك بشرحه لنص المادة 15 من نفس الأمر وجعلها لنقل الملكية يتم بالوفاة دون حاجة للشهر خروجا على نظام الشهر

[1] أنظر الصفحة من مذكرتنا هذه.

العقاري المتبع في بلادنا وحسبه يمكن قياس الوصية على الإرث في عدم الشهر لأن المشرع لم ينص على شهر الوصية لا في القانون المدني ولا في قانون الشهر[1].

ويذهب حمدي باشا عمر إلى عدم شهر الوصية في كتابه نقل الملكية العقارية حيث قال: [حق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي تكتسب عن طريق الوصية لا يجب شهرها في البطاقات العقارية حسب القانون الجزائري وذلك لانعدام النص الخاص ولعدم إمكان استخلاص عكس هذا المعنى من النصوص سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة بالشهر العقاري...][2].

وتذهب فئة أخرى من الشراح إلى القول بشهر الوصية إذا كان محلها عقارا ومن بينهم مجيد خلفوني في كتابه شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري لكن المؤاخذ عليه أنه قال بالوصية من طرف الموصي فهو يذهب إلى شهر الوصية في حياة الموصي[3] وهذا يتنافى مع طبيعة الوصية التي هي تمليك مضاف إلى ما بعد موت الموصي ولو أشهرت في حياة الموصي انتقلت له الملكية مباشرة لأن الشهر في القانون الجزائري ناقل للأثر العيني (الشهر ينقل الملكية) وهذا يتناقض ويتنافى مع طبيعة الوصية كما قلنا لأنه يشترط فيها الإضافة إلى ما بعد الوفاة وإلا تحولت إلى هبة لتوافر شروطها حسب نص المادة 105 من القانون المدني، ونعرض فيما يلي إلى ما ترجح في شان شهر الوصية.

أولا- متى تنتقل الوصية إذا كانت عقار إلى الموصى له؟

حسب تعريف الوصية في المادة 184 ق أ أنها: " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " فإن محل الوصية ينتقل عموما إلى الموصى له بعد موت الموصي مصرا على وصيته وقبول الموصى له لأن الوصية مضافة إلى ما بعد الموت ولا تكون نافذة إلا بعد وفاة الموصي، لكن الإشكال القائم هو ما مصير الوصية التي يكون محلها عقار هل تنتقل ملكية هذا العقار للموصى له بمجرد حدوث الوفاة أم لابد من إجراءات أخرى ينبغي مراعاتها لاسيما والمادة 793 من القانون المدني جعلت انتقال الملكية العقارية مناطة بالشهر، كما نصت المادة 16 من الأمر 74/75 على: " إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " فالمبدأ في القانون الجزائري أن انتقال العقارات لا يتم إلا بالشهر[4] ونرى أن المشرع الجزائري لم يخرج عن هذا المبدأ بالنسبة للوصية إذا كان محلها عقار ودليل ذلك الآتي:

---

[1] محمد زهدور: مرجع سابق، ص 151-152.

[2] حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 30.

[3] مجيد خلفوني: شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، مرجع سابق، ص 131-132.

[4]

1- إن المشرع اشترط في انتقال العقار وجوب شهر هذا الانتقال تحت طائلة عدم نفاذ هذا التصرف حتى بين الأطراف فقد نصت المادة 973 من القانون المدني على: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ".

كما نصت المادة 165 من القانون المدني على: " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري ".

وهذه المادة فيها رد على ما ذهب إليه محمد زهدور من انعدام شهر الوصية معللا ذلك بأن لفظة المتعاقدين الواردة في المادة 793 مدني قرينة دالة على خروج الوصية من دائرة النص لأن هذه الأخيرة لا تتم بين المتعاقدين فهي ليست عقد حسبه والمادة 165 قانون مدني صريحة في عبارتها (الالتزام) فالموصى له قد يلتزم من جانب واحد ومع ذلك يجب مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر حسب المادة إذا كان محل الالتزام نقل الملكية أو أي حق عيني (عقارا).

واعتمادا على نص المادتين 793 و165 من القانون المدني نقول إن الوصية إذا كانت عقارا يجب شهرها حتى تنتقل الملكية للموصى له لأن المحل واحد هو العقار، فالعقار يحكمه مبدأ الانتقال بالشهر مهما كانت التصرفات والوقائع الواردة عليه، بيع، مبادلة، وصية، هبة... .

2- نصت المادة 30 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري على: " يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحيازة أو هذا الشغل " وحسب هذا النص يتوجب على الموصى له إذا كانت الوصية عقار أن يحوز سند يبرر ملكيته لهذا العقار، فهل تكفي الوصية وحدها غير المشهورة للاحتجاج بها كسند ملكية لاسيما والمادة 29 من نفس القانون تشترط أن يكون السند المثبت للملكية العقارية عقد رسمي مشهر حيث جاء فيها: " يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري ".

ومادامت الوصية بالعقار بين الأفراد ملكية خاصة فيجب أن تمتثل لنص هذه المادة ومنه يتوجب على الموصى له حيازة سند رسمي مشهر يثبت به حقه في ملكية العقار الموصى به، ومن خلال هذين النصين تتجلى كذلك ضرورة شهر الوصية.

جاء في نص المادة 15 من الأمر 74/75 الذي يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ما يلي: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ".

3- فهذه المادة تؤكد أن كل حق متعلق بالملكية العقارية لا أثر له ولا يعتد به ولا يعتبر موجودا إلا من تاريخ الشهر وبذلك تكون الوصية التي محلها عقارا لا وجود لها ولا أثر لها إلا من تاريخ الشهر وهذا ما أكدته عبارة المادة نفسها لما خصصت انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة أن أثر الشهر يبدأ سريانه من يوم الوفاة بأثر رجعي ومعلوم أن الوصية تنتقل بسبب الوفاة[1] فهي إذا داخلة في دائرة هذا النص فهي بحكم المقطع الأول من المادة تشهر وجوبا لحدوث أثرها وهي بحكم المقطع الثاني من المادة تخصص بخصيصة هي أن أثر الشهر فيها يسري بأثر رجعي يعود إلى يوم وفاة الموصي، وهي تشترك في هذه الخصيصة مع الميراث لأن كلاهما ينتقل بسبب الوفاة.

4- نصت المادة 39 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشياع وبالحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة ".

فالمادة تجيب عن التساؤل الذي طرحناه في العنوان بعد الفرع عن وقت انتقال الوصية إلى الموصى له إذا كان محلها عقار فهي تقرر أنها تنتقل بالشهر بعد وفاة الموصي عن طريق شهر الشهادة التوثيقية التي سبق الحديث عنها في موضوع الميراث فيحكم أن الميراث والوصية ينتقلان بسبب الوفاة وبحكم أنهما يؤخذان من تركة الهالك فقد شاء المشرع أن يجتمع شهرهما في سند واحد هو الشهادة التوثيقية حيث دلت عبارة المادة (... إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم...) على التالي:

أ- الوصية تشهر ويكون ذلك بشهر الشهادة التوثيقية[2].

ب-ملكية العقار إذا كانت عن طريق الوصية لا تنتقل إلى الموصى له إلا بالشهر والشاهد لفظة (تثبت الانتقال) فالانتقال يثبت بالشهر حسب هذه المادة بالنسبة للميراث والوصية والقرينة لفظة الورثة بالنسبة للإرث، ولفظة الموصى لهم بالنسبة للوصية.

ونستطيع القول أن نص المادة 15 من الأمر 74/75 يخصص نص هذه المادة ذلك أن المادة 39 من المرسوم رقم 63/76 تتحدث عن شهر الشهادة التوثيقية التي تتضمن انتقال الملكية بالشهر للوارث وللموصى له، والمادة 15 من الأمر 74/75 تجعل بدأ سريان حكم الشهر الناقل للملكية بالنسبة للميراث والوصية من يوم الوفاة بأثر رجعي خروجا على مبدأ بدأ سريان الشهر من يومه (من تاريخ نشره في مجموعة البطاقات العقارية) جاء كذلك في نص المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 ما يلي:

---

[1] تعد الوصية سببا لكسب الملكية لأن القانون المدني أدرجها في الفصل الثاني من الباب الأول الكتاب الثالث تحت عنوان طرق اكتساب الملكية، فجاءت الوصية في القسم الثاني من هذا الفصل في المواد 775 حتى 777.

[2] وهذا فيه رد على من قال بانعدام النص بشأن شهر الوصية، فالمادة صريحة في ذلك (بأن الوصية تشهر).

" كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة... "[1].

فالمادة تتحدث عن وجوب إثبات انتقال الحقوق العينية العقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة وليس هناك ما ينتقل بفعل أو بسبب الوفاة إلا الميراث والوصية وبذلك فالمادة توجب إثبات الميراث والوصية بموجب شهادة توثيقية (الشهادة التوثيقية) والمادة 39 من نفس المرسوم توجب شهر هذه الشهادة لانتقال الملكية العقارية مكن الهالك إلى الورثة والموصى لهم، وفي هذا زيادة بيان على وجوب وضرورة شهر الوصية بشهر الشهادة التوثيقية.

وقد يزيد الأمر تأكيدا ما جاء في نص المادة 88 من نفس المرسوم بنصها على: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة... ".

فالمادة تتحدث عن وجوب شهر الشهادة التوثيقية حتى يتمكن بذلك الوارث من التصرف فيما انتقل له من عقارات[2] وكذلك الموصى له فيما انتقل له بالوصية من عقارات لأن الشهادة التوثيقية كما دلت عليه المادة 39 من هذا المرسوم تثبت انتقال التركة والوصية فلفظة ...عدم وجود إشهار مسبق ولفظة... لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة تقيدان وجوب شهر الشهادة التوثيقية ويستنتج عن ذلك وجوب شهر الوصية لأنها متضمنة في هذه الشهادة[3].

ثانيا - آجال شهر الوصية:

لما كانت الوصية توجب المادة 39 من المرسوم رقم 63/76 شهرها في الشهادة التوثيقية فإن الآجال التي تحكم شهر الوصية هي نفسها التي تحكم الشهادة التوثيقية والتي نصت عليها المادة 99 من نفس المرسوم حيث تفرض المادة بعد تعديلها بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 وجوب شهر الشهادة التوثيقية في ظرف ثلاثة (03) أشهر من تاريخ إصدارها من طرف الموثق وتمتد هذه المدة في حق من كان مقيما خارج الجزائر إلى خمسة (05) أشهر ويتحمل الموصى لهم المسؤولية

---

[1] يمكن الرد عن من قال بانعدام الشهر في حق الوصية بالعقار لأن لفظة المتعاقدين تخرج الوصية من حكم نص المادة 793 مدني لأنها نتاج إرادة منفردة ولا تظهر فيها إرادتين بنص هذه المادة حيث تفيد كلمة كل انتقال... بمناسبة أو بفعل الوفاة، دخول كل من الميراث والوصية في وجوب أثبتها بموجب شهادة موثقة وحيث أثبتنا أن هذه الشهادة تشهر، ولأنها لا تتضمن سوى الميراث والوصية فبشهرها تنتشر الوصية والإرث.

[2] أنظر الصفحة من هذه المذكرة.

[3] نصت كذلك المادة 90 من المرسوم 63/76 على: " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة ". وفي ذلك زيادة تأكيد على أن الوصية تشهر لأنها محررة من قبل موثق بنص المادة 191 ق أ وهذا الأخير مفروض عليه شهر جميع العقود والمحررات التي أصدرها حسب هذه المادة.

المدنية في حالة تصرفهم في العقارات المنتقلة إليهم بالوصية ما أحدثت هذه التصرفات ضررا للغير وذلك ما لم يشهر الموصى لهم حقهم الجديد لأكثر من ستة (06) أشهر فإن تقاعس الورثة والموصى لهم عن شهر الحقوق العقارية المنتقلة إليهم لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الوفاة، وصدرت منهم تصرفات على هذه العقارات فإن مسؤوليتهم المدنية تكون قائمة ما أضرت هذه التصرفات بالغير. ونشير أن الوصية تشهر في مكتب المحافظة العقارية المتواجد ضمن اختصاصها الإقليمي العقار المعني.

المطلب الثالث

تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وأثره على انتقال العقار بالوصية

بينّا في المطلب السابق أهمية عملية التوثيق والتسجيل والشهر بالنسبة لانتقال العقارات بسبب الوصية.

ونحاول فيما يلي تسليط الضوء على تخلف كل من التوثيق والتسجيل والشهر ونتائج ذلك على انتقال الوصية.

الفرع الأول

تخلف التوثيق وآثاره على انتقال العقار بالوصية

لقد ذهبت المادة 191 ق أ إلى اعتبار التوثيق السبب الوحيد لإثبات الوصية فهي تفرض ضرورة صب الوصية في قالب شكلي وذلك بتصريح الموصي أمام الموثق وإعداد عقد بذلك وكل إثبات للوصية يخلف هذا يقع باطلا.

وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا المبدأ في القرار رقم 16035 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا حيث جاء في هذا القرار: " من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون "[1].

وقد كان للقضاء الجزائري موقفا مخالفا لهذا قبل سنة 1997 حيث كان القضاء يجوِّز ويبيح الوصية غير الموثقة حيث صدر قرار عن القضاء الجزائري برقم 66151 مؤرخ في 1990/05/19 يعترف بالوصية المحررة بيدي الموصي وعلل ذلك بأنها صدرت من الموصي بتاريخ 1960/03/25 تاريخ سريان القانون الفرنسي في بلادنا لأن المادة 978 من القانون المدني الفرنسي لا تشترط في

[1] قرار رقم 160350 مؤرخ في 1997/12/23 مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 295 نقلا عن حمدي باشا عمر: الاجتهاد القضائي، ص 212.

الوصية سوى أن تكون كاملة ومؤرخة وموقعة من طرف الموصي دون فرض الشكلية[1] وكذلك صدر من القضاء الجزائري قراران آخران يذهبان إلى نفس الاجتهاد بعدم فرض الشكلية وهما القراران الصادران بتاريخ 1969/04/30[2].

وحسب تسلسل تواريخ صدور هذه القرارات نعتقد أن القضاء الجزائري لم يكن يشترط في السابق وجوب توثيق التصرفات الواردة على عقار ومنها الوصية بل كان يكتفي بالعقود العرفية حسب القرارات الصادرة في سنة 1969 كما نسجل أن القضاء الجزائري يميز بين الوصايا الصادرة قبل سنة 1971 والوصايا الصادرة بعد ذلك وهو تاريخ صدور قانون التوثيق رقم 70/91 المؤرخ في 1970/12/15 ولم يبدأ سريان تطبيقه إلا في 1971/01/01.

حيث أوجبت المادة 12 منه الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق وهو ما أكده القرار الصادر عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا تحت رقم 156 136 بتاريخ 1997/02/18[3] وعليه فالوصايا الصادرة قبل هذا التاريخ لا يشترط فيها الشكلية أما الوصايا الواردة على العقارات فتعتبر في حكم القانون باطلة ما كانت بعد هذا التاريخ.

وبما أن المادة 191 من قانون الأسرة تنص في فقرتها الثانية على استثناء يتضمن قبول إثبات الوصية بحكم قضائي مع التأشير بذلك على هامش أصل الملكية ما قام مانع قاهر ولأن المشرع عدّل مؤخر قانون الأسرة بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 ولم يتعرض بالتعديل لأحكام هذه المادة.

ولكون صيغة الفقرة الثانية منها جاءت عامة بلفظة الوصية فهي تشمل المنقول والعقار، نعتقد أن الوصية إذا كان محلها عقار وقام مانع قاهر كما سمته المادة يحول دون إمكانية تصريح الموصي بوصيته أمام الموثق فغن الوصية غير الموثقة تكون مقبولة لكن يجب إتباع الإجراءات التالية:

- ضرورة استصدار حكم من القضاء يقضي بإثبات الوصية وللقاضي مطلق الحرية في ذلك فإذا اقتنع بصحة الوصية من خلال الظروف المحيطة باستصدارها وسمع الشهود وتأكد عنده الأمر.

---

[1] قرار رقم 66151 مؤرخ في 1990/05/19 المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 03، ص 211.

[2] جاء في القرار الأول ما يلي " من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الوصية لا تخضع لأية صيغة شكلية، وأنه يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات ". وجاء في القرار الثاني " من المقرر شرعا أن الوصية لا تحتاج إلى شكل خاص، كما أنه يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات غير أنه يشترط لصحتها أن تكون في حدود ثلث التركة ".

[3] قرار صادر عن الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول (1)، ص 10. كما صدر قرار عن المحكمة العليا يفيد نفس الحكم برقم 541 148 مؤرخ في 1997/05/23 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد (01)، ص 183.

- أصدر قرار بإثبات هذه الوصية والتأشير بها على هامش أصل الملكية[1] والتأشير الهامشي هو أحد طرق الإشهار المعروفة في نظام الشهر العيني حيث تتم عملية الشهر في المحافظة العقارية إما بطريقة التسجيل La transcription وينقل فيه التصرف كاملا إلى السجل (البطاقات العقارية) وإما يتم الشهر بطريقة القيد L'inscription ويكون ذلك بالنسبة للحقوق العينية التبعية فقط عكس التسجيل الذي تنقل بموجبه الحقوق العينية الأصلية، وقد ورد في القانون المدني مثلا عن القيد الذي هو عبارة عن ملخص للتصرفات في نص المادة 904 و966 (ق م).

والطريقة الثالثة المتبعة في نظام الشهر هي التأشير الهامشي ويتعلق بالقرارات القضائية والدعاوى القضائية التي ترمي إلى الطعن في صحة التصرفات التي حوتها المحررات المشهرة ومثاله المادة 85 من المرسوم 63/76 والمادة 191 من قانون الأسرة ولا يكون الحكم القضائي قابلا للتنفيذ أي لا تتم عملية التأشير على بطاقات العقار إلا إذا صار الحكم نهائيا حائز لقوة الأمر المقضي فيه وذلك باستنفاده جميع طرق الطعن العادية.

فإذا تم شهر هذا الحكم القضائي المتضمن إثبات وصية وذلك بطريقة التأشير الهامشي انتقلت ملكية الموصى به إذا كان محله عقار لأن الشهر ناقلا للأثر العيني في نظام الشهر العيني المتبع في بلادنا.

ونشير أن المادة 16 و15 من المرسوم 63/76 التي حددتا الحقوق العينية العقارية الواجبة الشهر وأغفلتا النص على القرارات القضائية[1] لكن المواد 38 و63 و90 من نفس المرسوم تناولت أحكام شهر القرارات القضائية، كما تناولته من قبل المادة 14 من الأمر 74/75 إذن فالإجراءات الواجب اتباعها في حالة الوصية الصحيحة غير الموثقة تكون:

1- استصدار أمر من القضاء يقضي بالتأشير على أصل ملكية الموصي بهذه الوصية.

---

[1] نصت المادة 340 من القانون المدني على " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجزه فيها القانون الإثبات بالبينة " ونرى مادامت المادة 191 من قانون الأسرة أثبتت الوصية بحكم قضائي فإنه ليس للقاضي طريق يثبت به ذلك غير القرائن ورغم أن القانون لا يجيز في العقار الإثبات إلا بالكتابة، لكن نص المادة 191 يفيد غير ذلك استثناء في حالة وجود مانع قاهر وقامت القرائن على صحة الوصية.

[1] يرى مجيد خلفوني في كتابه شهر التصرفات العقارية، ص 141 (مرجع سابق) أن المادة 16 من المرسوم 63/76 لم تهمل ذكر الوصية لأنها نصت على (العقود الإرادية) التي تدخل الوصية ضمنها لأنها تصرف إرادي.

2- تنفيذ هذا الحكم بعد صيرورته نهائيا[2] بشهره في المحافظة العقارية وبذلك يحافظ الموصى له على حقه فإذا تمت عملية إشهار الشهادة التوثيقية تضمنت وجوبا الوصية لأنها مؤشر بها على أصل الملكية[3].

وجاء في نص المادة 324 مكرر 3 ما يلي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين ".

ولما كان هذا النص لا يحدد العقود الاحتفائية ويرجعون إلى الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 01 من القانون المدني على أساس أنها المصدر الثاني بعد التشريع، نجد هذه الأخيرة لم تفرق بين العقود عموما. ولأن المشرع نقل هذا النص عن التشريع الفرنسي وبالتحديد عن المادة 9 من قانون فانتوز المعدل بالمرسوم المؤرخ في 1902/08/12 هذه المادة التي حددت العقود الاحتفائية ومنها الوصية[4] نقول إن الوصية عقد احتفائي أوجب المشرع ضرورة إخضاعها لشهادة الشهود وإلا وقعت باطلة بنص هذه المادة ويجب أن يتوفر في الشهود الآتي:

البلوغ والعقل، مالك لأهلية التصرف، غير ممنوع من أداء الشهادة قضائيا، ليس أعمى ولا أصم ولا أجنبي، وليست له صلة قرابة بأطراف الوصية ولا بالموثق حتى الدرجة الرابعة[5].

مع ملاحظة أنه يستوجب أن يذكر في الوصية كل الشروط المتعلقة ببيانات الأطراف والعقارات الموصى بها عموما بحكم الوصية ما أثبتناه من بيانات بالنسبة للشهادة التوثيقية[1].

الفرع الثاني

تخلف تسجيل الوصية

جاء في نص المادة 58 من قانون التسجيل ما يلي: " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه " وهذه الحالة التي تعنيها المادة هي حالة الوصية حيث جاء في المادة 64 من هذا القانون " إن الوصايا المودعة لدى الموثقين

---

[2] أنظر نص المادة 338 قانون مدني جاء فيها " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق... ".

[3] أنظر عكس ذلك مجيد خلفوني: مرجع سابق، ص 137.

[4] أنظر عمر بوحلاسة: مجلة الموثق، مرجع سابق، العدد 9، ص 26.

[5] أنظر المادة 26 من قانون التوثيق رقم 02/06 والمادة 64 من قانون الإجراءات المدنية لزدياد بيان في الموضوع أنظر نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد ومحمد زهران: مرجع سابق، ص 329 وما بعدها، كذلك بشير بلعيد: القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، نشر دار البعث، قسنطينة، 2000، ص 37 وما بعدها، وحمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها.

[1] أنظر الصفحة من هذه المذكرة.

أو التي يستلمونها تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصايا ".

وجاء في المادة 93 من قانون التسجيل الآتي: " يتعين على الموثقين والمحضرين الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة أن يدفعوا شخصيا غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة... " وباستقراء مجمع هذه النصوص نستنتج الآتي:

أولا: الوصية يقوم بتسجيلها وجوبا الموثق لدى مصلحة التسجيل والطابع لأن المادة 191 ق أ أكدت أن الموثق هو من يقوم بتحريرها وإصدارها.

ثانيا: منح المشرع مدة يجب أن يتم خلالها تسجيل الوصية حيث جعلتها المادة 64 من قانون التسجيل ثلاثة أشهر بدلا من شهر واحد حسب المادة 58.

ثالثا: بما أن المادة 93 من قانون التسجيل قررت على الموثق دفع غرامة مالية عن كل تأخر في تسجيل العقود التي حررها وأصدرها وبما أن الوصية يحررها الموثق ومدة تسجيلها الممنوحة قانونا هي (03) أشهر فإن الموثق يقع تحت طائلة عقوبة الغرامة المالية في حالة إخلالها بتسجيل الوصايا في مواعيدها. وتكون هذه الغرامة في حق الوصية ضعف رسم التسجيل حسب المادة 97 من قانون التسجيل، ولما كانت الوصية تشهر بواسطة الشهادة التوثيقية فإن ما يحكم هذه الشهادة بحكم الوصية عموما وتكون بذلك كل الشروط والحكام المتطلبة في الشهادة التوثيقية منسجمة على الوصية ضمنيا.

الفرع الثالث

تخلف شهر الوصية

قضت المادة 39 من المرسوم 63/76 بشهر الشهادة التوثيقية ولأن هذه الأخيرة تتضمن انتقال عقارات التركة للورثة وللموصى لهم بالشهر فإن عقارات التركة الموصى بها لا تنتقل ملكيتها للموصى له إلا بالشهر وبذلك يكوهن نتيجة عدم شهر الوصية التي محلها عقار (وذلك بشهر الشهادة التوثيقية) عدم انتقال العقارات الموصى بها إلى الموصى له.

وهذا ما أكدته المادة 16 من الأمر 74/75 بنصها على: " إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " إلا أن الشهر بالنسبة لانتقال الملكية عن طريق الوفاة وهي حالتي الميراث والوصية يسري مفعوله من يوم وفاة المورث أو الموصي بأثر رجعي، ويستتبع هذا أن ثمار العقار سواء كانت ثمارا طبيعية أو صناعية أو ثمارا مدنية يمتلكها الموصى له ابتداء من تاريخ وفاة الموصي بأثر رجعي، فإذا كان العقار أرض زراعية فإن ثمارها الطبيعية أو الصناعية من منتوجات يمتلكها الموصى له بشهر وصيته لكن بأثر رجعي يعود إلى وفاة الموصي وهذا ينتج عنه أن الورثة أو تصرفوا في ثمار العقار الموصى به جاز للموصى له بعد شهر وصيته الرجوع عليهم بطلب ثمنها كذلك لو كان العقار الموصى به دارا مؤجرة فإن ثمارها المدنية (بدل الإيجار) في ذلك نص المادة 15 من الأمر 74/75 التي نصت على: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ".

فحسب هذا النص يكون الموصى له حقه قائم في الموصى به وما يتفرع عنه من ثمار بأنواعها بالشهر لكن بأثر رجعي يعود إلى يوم الوفاة ويكون كل ما تفرع عن العقار الموصى به من تاريخ وفاة الموصى ملك للموصى له لأنه أصبح مالك للعقار من وفاة الموصى وقد نصت المادة 676 من القانون المدني على: " لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو إنفاق يخالف ذلك ".

الفصل الثاني

انتقال الملكية العقارية

في قانون الأسرة بسبب الوفاة

الفصل الثاني: انتقال الملكية العقارية بين الأحياء في قانون الأسرة (الجزائر)

سبق التطرق إلى : أن أسباب كسب الملكية نظمها المشرع الجزائري، ورتبها حسب أنواعها ثلاثة أقسام.

فالقسم الأول: تضمن كسب الملكية ابتداء، من دون أن يكون لها مالك قبل ذلك، وقد أوضحنا أن المشرع استبعد هذا النوع من أسباب كسب الملكية بالنسبة للأفراد، في حالة الاستيلاء على العقار. لأن هذا الأخير يكون مالك للدولة، ما لم يكن له مالك قبلي(1).

والقسم الثاني: يتضمن انتقال الملكية بسبب الوفاة، وينحصر في الميراث والوصية، وقد تناولناهما في الفصل الفارط، استنادا إلى قانون الأسرة خصوصا.

أما القسم الثالث: فهو المتضمن اكتساب الملكية بالاستخلاف بين الحياء، وقد استنبطنا من قانون السرة عدة حالات تنتقل بها الملكية عموما، والملكية العقارية خصوصا، وهذه الحالات هي:

1- **الهبة**: وينتقل بها العقار بين الأحياء من الواهب إلى الموهوب له، ونتعرض لها في المبحث الأول من هذا الفصل.

2- **الوقف**: وينتقل به حق الانتفاع من الواقف إلى الموقوف عليه، وحسب المادة 684 من القانون المدني يكون حق الانتفاع هذا بمناسبة الوقف، عقارا أو مالا عقاريا حيث جاء فيها: " يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار " فحسب هذه المادة: مادام حق الانتفاع المخول للموقوف عليه بمناسبة الوقف واقع على عقار، فهو عقار. لكننا استبعدناه من مجال الدراسة، نزولا عند رغبة المجلس العلمي.

3- **الصداق**: وهو ركن في عقد الزواج، وقد جعلته المادة 14 من قانون الأسرة جائز في كل ما هو مباح شرعا، سواء كان نقودا أو غيرها. وقد يكون عقارا: لذلك أردنا أن نتعرض لفرضية أن يكون محل الصداق عقارا، وأردنا أن نبين كيفية انتقاله من الزوج إلى زوجته المستقبلية.

4- **الخلع**: من بين الأسباب التي نفترض أن ينتقل بها العقار في قانون الأسرة: الخلع. إذ فرضية أن يكون بدل الخلع عقارا قائمة، فنتعرض لفرضية كون الصداق والخلع محلهما عقار، وكيفية انتقال هذا العقار في المبحث الثاني من هذا الفصل.

---

(1) أنظر المادة 773 من القانون المدني.

المبحث الأول

انتقال الملكية العقارية بسبب الهبة

إن الهبة بموجب كونها تمليك، بخروج من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له، فهي سبب لانتقال الملكية عموما. حيث جاء في نص المادة 205 من قانون الأسرة ما يلي: " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته، أو جزءا منها عينا، أو منفعة أو دينا لدى الغير "، فالمادة صريحة في أن محل الهبة، قد يكون عينا، أي شيء معين كالعقار، وقد يكون منفعة كحق الانتفاع، ويكون دينا لدى الغير، إذا كان الواهب دائن لشخص ما ووهب هذا الدين لشخص ثالث، يستحقه من يد المدين. وقد يكون الدين هبة للمدين نفسه، بإبرائه منه. كما جاءت المادة 206 من نفس القانون صريحة، قي احتمال أن يكون محل الهبة عقارا بنصها على: " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات... ".

فعبارة مراعاة قانون التوثيق في العقارات قرينة صريحة، على جواز أن يكون محل الهبة عقارا.

ومن مضمون هذين النصين، نص المادة 205 و206 ق أ، نستخلص أن الهبة قد تكون سببا لانتقال العقار، في قانون الأسرة، من الواهب للموهوب له.

المطلب الأول

مـــــاهية الهبـــــة

الفرع الأول

التعريف بالهبة وما يتعلق بها من أحكام

أولا- التعريف بالهبة:

الهبة تملك عين بعقد،على غير عوض معلوم في الحياة[1]. أو هي التبرع بالمال في حال الحياة[2]. وعرفها خليل في مختصره بقوله: الهبة تمليك بلا عوض، ولتواب الآخرة صدقة[3].

---

(1) الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الفكر، بيروت، ط$_1$، 1991، المجلد 3 ص 171.

(2) إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضوبان: منار السبيل في شرح الدليل، نشر مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض ط$_1$، 1996، المجلد 2، ص 212.

(3) محمد عليش: منح الجليل شرح مختصر خليل، نشر دار الفكر، بيروت، 1984، ط، المجلد 8، ص 174.

ونقل المشرع الجزائري نفس تعريف الشيخ خليل في مختصره، حيث نصت المادة 202 من قانون الأسرة على: " الهبة تمليك بلا عوض... ".

ويؤخذ على تعريف القانون الجزائري للهبة ما يلي:

1- لم يذكر ضمن التعريف أن الهبة عقد، ويشفع له نص المادة 206 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول... " فالمادة صرحت في بدايتها أن الهبة عقد، بقولها تنعقد، ثم أكدت على ذلك بذكر الإيجاب والقبول، الذين هما قوام العقد، عكس تعريف الهبة في التشريعات العربية الأخرى، التي صرحت في تعاريفها أن الهبة عقد إذ نصت المادة 486 مدني مصري على: " الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض... "[1]. ونفس التعريف أورده القانون السوري في المادة 454 منه[2].

2- إذا قارنا التعريف الجزائري بالتعريفين السابقين، تعريف الصنعاني، وابن ضوبان، نجد: أن المشرع الجزائري أهمل ذكر العنصرين التاليين:

أ- نية التبرع، فالهبة من العقود التبرعية، ويكون بذلك عنصر التبرع جوهري في عقد الهبة. إذ حسب الأستاذ السنهوري، لا يكفي التصرف في المال دون عوض من طرف الواهب دون نية التبرع. لأن الشخص قد يتصرف في ماله دون عوض، وليست عنده نية التبرع، ويظهر ذلك في حالة الوفاء بالتزام طبيعي، فالشخص في مثل هذه الحال يوفِّي دينا غير مجبر على الوفاء به، وليس متبرعا[3].

ب- ثاني أمر أهمله التعريف الجزائري، هو عنصر الحياة، فالهبة لا تقع إلا في حياة الواهب والموهوب له. فهي عقد بين الأحياء، وقد يستشف ذلك من خلال عبارة المادة 26 بقولها: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول... " ومن المعلوم أن الإيجاب والقبول لا يصدران إلا من أحياء، باستثناء حالة المادة 209 ق أ التي نتعرض لها لاحقا[4].

ومن خلال تحليل تعريف الهبة في القانون الجزائري نستخلص ما يلي:

- الهبة عقد.

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، المجلد 5، ص 03.

[2] نقلا عن محمد بن أحمد تقية: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، طبع الديوان الوطني الأشغال التربوية، سنة 2003، ط1، ص 19.

[3] السنهوري: مرجع سابق، ص 15.

[4] جاء في المادة 209 قانون الأسرة ما يلي: " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا ".

- يتم بين الأحياء.
- تكون دون عوض.
- تقترن وجوبا بنية التبرع.

ثانيا - ما يتعلق بالهبة من أحكام (أحكام الهبة):

1- بما أن الهبة عقد فإنها يحكمها ما يحكم العقد عموما من أحكام[1] في القانون المدني. وتنفرد بما خصها به قانون الأسرة، فهي حسب المادة 202 منه تمليك بلا عوض، فالتزام الواهب في عقد الهبة يكون دون مقابل، لأن الأصل فيها افتقار ذمة الواهب وإثراء ذمة الموهوب له فالأصل في عقد الهبة في القانون الجزائري، أن تكون دون التزام مالي في حق الموهوب له، الذي تثرى ذمته دون التزام من طرفه، وقد يفهم من شطر المادة 202 الثاني قيام التزام في جانب الموهوب له في حالة اشتراط الواهب ذلك، حيث جاء في هذه الفقرة من المادة ما يلي: " ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجازه الشرط ". وبما أن لفظة الالتزام جاءت عامة، فقد يشترط الواهب على الموهوب له تقديم مالي مقابل الهبة، وفي هذه الحالة نكون أمام فرضيات ثلاث:

أ- الفرضية الأول: قد يكون الالتزام المالي المشترط على الموهوب له من طرف الواهب، يفوق قيمة الشيء الموهوب، وفي هذه الحالة نكون بصدد بيع صوري مبطن بعقد الهبة[2].

ب- الفرضية الثانية: أن يكون مقدار المال المشترط من طرف الواهب على الموهوب له يعادل قيمة الشيء الموهوب، أو كان ما اشترطه الواهب شيء غير المال، لكنه مقوّم بالمال كان يشترط الواهب مثلا أن يعطيه الموهوب له سيارة تعادل قيمتها ثمن الأرض الموهوبة، فنكون في هذه الحالة بصدد مبادلة، وكان العقد معاوضة وليس هبة[3].

---

(1)

(2) أحمد تقية: مرجع سابق، ص 31.

(3) أنور طلبة: العقود الصغيرة الهبة والوصية، نشر المكتبة الحديثة، مصر، 2004، ص 7.

ج- الفرضية الثالثة: أن يشترط الواهب على الموهوب له مقابل نقدي، أو أي شيء آخر يتقوم بالنقود، لكن تكون قيمته أقل من الشيء (العقار) الموهوب، ففي هذه الصورة نكون بصدد هبة مشروطة[1].

2- إن الهبة تكون مرتبطة في نفاذها بحالة الواهب، والفترة الزمنية التي أبرمت فيها. حيث جاء في نص المادة 204 ما يلي: " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية ".

يفهم من هذا النص، أن عقد الهبة الصحيحة التي تكون نافذة في حياة الواهب، هي التي تصدر عنه وهو في كامل صحته، وتتحول الهبة إلى وصية استثناء، في حالات عددتها هذه المادة هي: مرض الموت، والأمراض، والحالات المخيفة، فصدور الهبة في حالة من هذه الحالات تحولها إلى وصية.

أ- فمرض الموت، هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويؤدي إلى عجز المريض، وعدم إمكانه القيام بمصالحه، وينتهي هذا المرض بالموت. ومرض الموت هذا يجب أن يتحقق فيه أمران: الأمر الأول؛ أن يكون المرض متصل بالموت، لم يبرأ منه المريض حتى مات، فلو شفي وصح من مرضه الذي تبرع فيه، ثم مات بعد ذلك فحكم الهبة في هذه الحال الصحة[2]. والأمر الثاني؛ أن يكون هذا المرض مخوفا خطيرا يحدث منه الموت غالبا، كالطاعون والسرطان...، وليس مرض غير مخوف، كالجرب ووجع الضرس والصداع. وعرّفت مجلة الأحكام العدلية لقدر باشا مرض الموت في مادتها 1595 بما يلي: " مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرف الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حالة... "[3][4].

---

[1] نتعرض لاحقا لهذا النوع من الهبات.

[2] وهبة الزحيلي: مرجع سابق، المجلد 8، ص 129.

[3] المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية نقلا عن محمد تقية: مرجع سابق، ص 115.

[4] جاء في القرار القضائي للمحكمة العليا برقم 33719 مؤرخ في 1984/07/09 تعريفا لمرض الموت بما يلي: " من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه... " المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 03، ص 51.

فحكم الهبة في مرض الموت كحكم الوصية تؤخذ من التركة في حدود الثلث، دون زيادة ولو كانت أكبر من ذلك ردت للثلث[1].

ب-الأمراض جاءت لفظة الأمراض في نص المادة 204 ق أ وتصرف إلى مرض الموت، لأن المرض الذي تكيف فيه الهبة على أنها وصية، وتأخذ حكمها، وهو مرض الموت، بالشروط السابقة ونعتقد أن لفظة المرض هنا لا محل لها في نص المادة 204 قانون أسرة جزائري.

ج- الحالات المخيفة وهي الحالات التي يغلب فيعها الهلاك، وتوقع الموت من دون مرض كالمرابط في جبهة القتال، يتوقع الموت في كل لحظة. وحالات الحروب، وركوب البحر المخوف، الذي يتوقع معه الغرق، والمحكوم عليه بالإعدام... فألحقت هذه الحالات بحكم مرض الموت لعلة مشتركة هي: خوف الموت وحصوله فعلا بعد ذلك، فلو صدرت هبة من شخص قامت به حالة من الحالات المخيفة، وانتهت بالموت، فحكم هبته تحولها إلى وصية بنص المادة 204 ق أ والمادة 776 من القانون المدني.

ولأن مرض الموت والحالات المخيفة وقائع مادية، فيجوز إثباتها بجميع الطرق أمام القضاء، فتثبت بالبينة، والقرائن، وغيرها. فقد جاء في المادة 776 من القانون المدني ما يلي: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذت التصرف.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا... ".

فالمادة صريحة في أن حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت، وتلحق بها الحالات المخيفة بنص المادة 204 ق أ، تكيّف على أنها تصرفات تبرعية، كالهبة في مرض الموت، والحالات المخيفة تتحول إلى وصية[2]. إذا أثبت الورثة ذلك فعبء الإثبات ألقي على عاتق الورثة. كذلك يقع عبء إثبات العكس، على عاتق من صدر

---

[1] أنظر المادة 776 من القانون المدني.

[2] جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17 تحت رقم 058 186 ما يلي " من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفد إلا بموت الواهب وتأخذ حكم الوصية... " المجلة القضائية لسنة 1999، العدد 01، ص 119.

له التصرف. وهذا ما دلت عليه الفقرة الثالثة من المادة 776 ق م بنصها على: "... إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن موردهم في رض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه "[1].

3- لكون الهبة عقد فهي تنعقد بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة[2]. فهي من العقود الفورية، نصت المادة 206 من قانون الأسرة على: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة... " فنفاذ الهبة يكون على الفور دون تراخي، فحسب المادة لا تتم الهبة إلا بالحيازة، ويستطيع الموهوب له أن يحوز الهبة بنفسه، أو يحوزها وكيله نيابة عنه، وهذا ما قضت به المادة 210 ق أ: بنصها على: " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله " وفي حالة كان الموهوب له قاصر، أو محجورا عليه، يتولى الحيازة من أنابه القانون عنه، حسب أحكام الفصل الأول، من الباب الثاني، من قانون الأسرة، المواد من 81 إلى 108. ويدخل في هذا النطاق، الحمل ما كان موهوب له حيث يحوز عنه أباه ما كان الواهب أجنبيا، أما لو وهب له أبوه حازت عنه أمه، وقد يكون المر بالعكس، لو وهبت له أمه حاز عنه أبوه[3]، وقد جعلت المادة 209 ق أ الهبة للحمل صحيحة بنصها على: " تصبح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا ".

4- حسب المادة 205 قانون أسرة، يجوز للواهب أن يهب كل ما يملك، ما لم يكن ذلك في مرض الموت، والحالات الخطيرة[4]، كما له أن يهب جزء منها فقط، وقد تكون هبته عينية كالعقار، أو منفعة كحق الانتفاع، بل جوزت المادة 205 أن تكون الهبة دينا في ذمة الغير[5].

---

[1] تحول الهبة إلى وصية وإرجاعها إلى الثلث مصدره في الشريعة الإسلامية الحديث التالي " عن أبي زيد الأنصاري أن رجلا أعتق ستة أعبدٍ (جمع عبد رقيق) عند موته ليس له مال غيرهم فأقرع (من القرعة) بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأعتق اثنين وأرق أربعة "رواه أحمد وأبو داود، أنظر نيل الأوطار للشوكاني، المجلد 6، ص 42. "وكذلك حديث إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس... "سبق تخريجه. "وكذلك حديث إن الله تصدق عليكم بثلث مالكم عند فاتكم... "سبق تخريجه. فالتصرف في مرض الموت حسب هذا الحديث يجب أن لا يتعدى ثلث التركة.

[2] نتعرض للحيازة بأكثر تفصيل في الأركان لاحقا.

[3] أنظر المادة 87 من قانون الأسرة.

[4] لأن الهبة في هذه الحالات تتحول إلى وصية وترجع لثلث التركة فقط.

[5] أنظر فرع الأركان الصفحة من هذه المذكرة.

5- الهبة لا يجوز الرجوع فيها إلا استثناء في حق الأبوين، في حالات محددة بنص المادة 211 ق أ. فقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم " فيما روى عنه ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: العائد في هبته كالعائد يعود في قيئه " وزاد أحمد والبخاري، ليس لنا مَثَلُ السوء[1]. وفي حديث مرفوع للنبي صلى الله عليه وسلم عن طاووس أن ابن عمر وابن عباس رفعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الرجل يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء، ثم رجع في قيئته[2] ". وقد تبنى المشرع هذا في نص المادة المذكورة آنفا حيث جاء فيها: " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضياع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته "

فيستنتج بمفهوم المخالفة، أن غير الوالدين لا يجوز لهم الرجوع في الهبة، لأن المادة خصصت بالذكر الأبوين، فيخرج بذلك غيرهما من هذا الحكم، فلو وهب شخص لأجنبي عنه امتنع في حقه الرجوع عن هيبته، كذلك لو وهب أخ لأخيه لاحق له في الرجوع عن هيبته، ولا يثبت حق الرجوع في الهبة إلا للأبوين استثناء، وليس ذلك مطلقا بل استثنينا حالات أفصحت عنها المادة 211 من قانون الأسرة لا يجوز فيها للأبوين الرجوع عن الهبة. كذلك دلت المادة 212 من نفس القانون، على أن الهبة إذا كان القصد منها المنفعة العامة، فلا يجوز الرجوع فيها، حيث جاء في نصها: " الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها ".

ونعتقد أن هذه المادة لا محل لها، مادامت المادة التي قبلها صرحت بعدم جواز الرجوع في الهبة، إلا الوالدين فيدخل في ذلك ضمنا الهبة لأجل المنفعة العامة، فلا يجوز الرجوع فيها إلا في حالة واحدة هي: إذ كانت الهبة مقترنة بشرط، ولم يحقق الموهوب له هذا الشرط، جاز للواهب طلب الفسخ عن طريق القضاء، وتقدير ذلك يرجع للقاضي، ودليل

---

[1] رواه البخاري، عن ابن عباس بلفظ " ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه " نقلا عن عبد العظيم بد بدوي: مرجع سابق، ص 369.

[2] رواه الخمسة، أنظر نيل الأوطار للشوكاني: مرجع سابق، المجلد 6، ص 10.

ذلك الفقرة الثانية من المادة 202 ق أ التي صرحت بالتالي " ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام بتوقف تمامها على إنجاز هذا الشرط " فالهاء في كلمة تمامها تعود على الهبة فإذا اشترط الواهب مثلا على الموهوب له (جمعية خيرية) بناء مستشفى بمبلغ الهبة، لكن هذه الأخيرة بنت دارا للشباب، جاز لهذا الواهب طلب فسخ عقد الهبة بينه وبين الجمعية الخيرية، لعدم القيام بالشرط، رغم أن الهبة كانت بقصد المنفعة العامة[1].

ثالثا- أنواع الهبات:

تتنوع الهبات بحسب موضوعها، أو شكلها، فإذا نظرنا إلى الهبة بحسب موضوعها، كانت واردة إما على عقار، أو منقول. وتكون حسب المادة 205 ق أ عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير.

وإذا نظرنا إليها بحسب شكلها، وصورتها، كانت إما هبة مباشرة، وإما هبة غير مباشرة، أو هبة مشروطة، أو هبة مستترة.

وما يهمنا في دراستنا هي الهبة الواردة على عقار، سواء كانت مباشرة، أو غير مباشرة، مشروطة أو مستترة.

1- الهبة المباشرة:

هي الهبة العادية التي تظهر بمظهرها المتطلب قانونا، فتسمى في العقد هبة. ويظهر فيها إيجاب وقبول الأطراف، ولا تكون مقترنة بشرط يضعه الواهب، وتكون بدون عوض في حق الموهوب له، وتقترن بنية التبرع في حق الواهب، وتحترم الشكل المطلوب قانونا.

فالهبة المباشرة هي تصرف يقوم به الواهب في ماله، دون عوض يلتزم بموجبه بنقل حق عيني أو منفعة أو حق شخصي إلى الموهوب له، فقد ينقل الواهب للموهوب له حق الملكية أو حق الانتفاع، أو حق الاستعمال، أو حق السكن، أو حق الارتفاق، وقد يكون التزام الواهب بنقل حق شخصي، فينقل الواهب للموهوب له مبلغ من النقود[2] (دينا عند الغير).

وعموما الهبة المباشرة هي التي يكون عقدها مبين لها بوضوح، حيث تظهر فيه بصورتها الحقيقية (عقد هبة)، وتتوفر فيها جميع أركان وشروط الهبة والشكلية، وتكون مكشوفة.

---

(1) السنهوري: مرجع سابق، المجلد 5، ص 10.

(2) محمد تقية: مرجع سابق، ص 194.

2- الهبة غير المباشرة (Donation indirecte):

تنشأ الهبة غير المباشرة من أي عقد غير عقد الهبة، وتكون نية التبرع فيها جلية، فالواهب تتجه إرادته إلى نقل الملكية إلى الموهوب له دون عوض، وتكون هذه الإرادة بارزة غير مستترة، ولا مخفية، لكن العقد يسمى تسمية أخرى، غير الهبة، ومثاله إبراء الدائن المدين من دينه يكون هبة غير مباشرة، حيث نصت المادة 306 من القانون المدني على: " تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع... " فالمادة أنزلت الإبراء من الدين منزلة التبرع، والهبة عقد تبرع، كما أن الإبراء يتحقق أثره على الفور كذلك الهبة، كما يشترط في الإبراء قبول المدين[1]، بنص المادة 305 ق م، كذلك الهبة يشترط فيها إيجاب وقبول المادة 206 ق أ، كذلك جسدت المادة 294 ق م مثالا لهبة غير مباشرة حيث جاء فيها: " تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير ".

فالمادة جاءت في الفصل الثاني من الباب الخامس تحت عنوان انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء. وفي حالة المادة 294 ينقض الالتزام بوفاء من طرف الغير، لا من المدين، ويكون مقابل هذا الوفاء هبة غير مباشرة من النائب في الوفاء بالدين إلى المدين. والقرينة لفظية هي الفقرة الثابتة من المادة "... ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير " حيث يستشف من هذه الفقرة نية التبرع، من الشخص الأجنبي الذي التزم بوفاء الدين مكان المدين.

ونشير أن الأحكام الشكلية المتطلبة في الهبة، غير لازمة في الهبة غير المباشرة لأنها تمت بعقد آخر، لكن تسري عليها الأحكام الموضوعية المتعلقة بالهبة، فيجوز الرجوع فيها إذا كانت من أب لابنه والطعن فيها بواسطة الدعوى البولصية[2] كما يجوز للورثة إثارة أهلية التبرع في مورثهم الواهب، أو الدفع بأن الهبة غير المباشرة كانت في مرض الموت[3]، وتأخذ أحكامها.

3- الهبة المستترة:

هي الهبة التي تظهر تحت اسم عقد آخر، لكن حقيقتها هبة مستترة، فعقد البيع الذي يكون ظاهره بيع، وباطنه تبرع من البائع للمشتري، لعدم التزام المشتري بدافع الثمن حقيقة هو هبة مستترة،

---

[1] نصت المادة 305 ق م ج على " يقتضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين ".

[2] وذلك بحلول الدائنين محل مدينهم في طلب إبطال الهبة لأنها تفقر ذمة مدينهم وتساهم في الانتقاص من ضمانهم لدينهم القائم في حق المدين (الواهب).

[3]

لأن المتعاقدان قد يتفقان على الثمن أمام الموثق ويصرحان به لا على أساس أن يلتزم به المشتري (الموهوب له)، ولكن ليكملا مظهرا من مظاهر عقد البيع الخارجي، وقد يلتزم المشتري بأقل من الثمن الحقيقي المذكور في عقد البيع، فيكون بذلك ثمنا صوريا[1]، وهي قرائن تصرف العقد إلى أن يكون هبة مستترة فظاهر الهبة المستترة غير حقيقتها، ويجب أن يكون هناك عقد آخر غير الهبة يسترها.

ويجب أن تتوافر في هذا العقد الساتر الشروط والأركان المتطلبة في الهبة[2]، فإذا كانت الهبة المستترة بعقد بيع واردة على عقار، يجب أن يتوفر في هذا العقد كل ما يشترطه القانون في نقل العقار من أركان عامة وشكلية وشهر. وتخضع الهبة المستترة إلى أحكام الهبة الموضوعية، فتلتزم فيها أهلية التبرع في حق الواهب، وأن يكون مالكا لما تبرع به، وإذا صدرت الهبة المستترة في مرض الموت طبقت عليها أحكام التصرف في مرض الموت، وجاز للورثة الدفع بهذا، وتحويلها إلى وصية تؤخذ من التركة في حدود الثلث، ما توافرت شروطها. كذلك يجوز للدائن الطعن في هذه الهبة المستترة بموجب الدعوى البولصية.

4- الهبة المشروطة:

أجازت الفقرة الثانية من المادة 202 ق أ للواهب أن يشترط على الموهوب له شروط تترتب بموجبها التزامات في جانب الموهوب له، وتكون الهبة بذلك معلقة على شرط لا يتوقف تمامها إلا بإنجاز هذا الشرط.

والشرط نوعان واقف وفاسخ.

أ- **الشرط الواقف**: هو الذي يكون وجود فيه الالتزام مترتبا على وقوعه، وجاء في نص المادة 206 ق م ما يلي: " إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط... ".

ومثاله أن يقول الوالد لولده إن نجحت في الامتحان، وهبتك هذه الدار، فتكون الهبة معلقة على شرط واقف، يتحقق نفاذ هذه الهبة بتحقق الشرط، فلو نجح الولد في الامتحان كانت الهبة نافذة في حق الوالد والولد، بعد اتباع الإجراءات القانونية اللازمة.

ب- الشرط الفاسخ: وهو الذي يكون فيه زوال الالتزام، مترتبا على وقوعه، وهذا يعني أن الالتزام قد وجد فعلا، لكن قُرِنَ بشرط فاسخ، لو تحقق هذا الشرط فسخ هذا الالتزام.

وصورته أن يهب شخص لشخص دارا، ويشترط عليه عدم التصرف فيها لغيره، وإلا فسخت الهبة، فلو قام هذا الموهوب له، بالتصرف في هذه الدار، كان قد حقق الشرط

(1)
(2)

الفاسخ. وتفسخ بذلك الهبة، وهذا هو الذي عنته المادة 207 ق م بقولها: " يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ... ".

وحسب الفقرة الثانية من المادة 202 ق أ التي جوزت للواهب الاشتراط على الموهوب له، فإن لفظة يشترط... القيام بالتزام جاءت عامة، وهذا يعني أن الواهب له أن يشترط على الموهوب له القيام بأي التزام دون تحديد، بشرط أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة. وقد يكون هذا الالتزام عوض عن هبته، وتكون الهبة في هذه الحالة ملزمة لجانبين، ويتعين على كل من الواهب والموهوب له القيام بالتزامه، والوفاء به. مع التفصيل الذي ذكرناه سلفا بخصوص الالتزام المقابل للهبة وأحواله من حيث تساويه مع قيمة الهبة أو كان منها أو أصغر.

الفرع الثاني

أركان الهبة وخصائصها

أولا- أركان الهبة:

إن الأركان التقليدية لكل عقد هي الرضا والمحل والسبب، وقد رعتها المادة 206 من قانون الأسرة في عقد الهبة، بنصها على: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام القانون التوثيق، في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقول.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ".

فالرضا يتجلى في الإيجاب والقبول[1]، والمحل جسدته عبارة العقارات، والمنقول في المادة، كما أوضحته المادة 205 قبلها بنصها على: " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير " فالمحل في عقد الهبة قد يكون عينا أو منفعة أو دينا سواء كان عقارا أو منقولا وتحكمه المواد من 92 إلى 95[2] من القانون المدني. كما أن أطراف العقد الواهب والموهوب له بارزان في المادة 206 ق أ من خلال إرادتها بلفظة الإيجاب والقبول. فالإيجاب يكون من الواهب[3] والقبول يكون من الموهوب له.

---

[1] مع ضرورة خلو إرادة الواهب والموهوب له من عيوب الرضا، كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، أنظر المواد 81 إلى 91 من القانون المدني. وعموما يحكم الرضا في عقد الهبة ما يحكمه في غيره من العقود.

[2] يسري على المحل في عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام بحيث يستوجب أن يكون موجودا معينا أو قابل للتعيين في حالة (مشاعا) صالحا للتعامل فيه مملوكا للواهب.

[3] يشترط في الواهب – أن يكون سليم العقل – بالغا سن تسع عشرة سنة (19) كاملة، غير محجور عليه وهذا ما دلت عليه المادة 203 قانون أسرة بنصها على " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه ".

أما السبب فقد ذكر في المادة 202 ق أ بالنص على أن: " الهبة تمليك بلا عوض " حيث تبرز نية التبرع، فالسبب الأصلي الذي يرفع الواهب للإقدام على عقد الهبة، هو نية التبرع. وقد تدفعه دوافع أخرى استثناء يشترط أن تكون مشروعة، حسب نص المادة 97 من القانون المدني التي جاء فيها " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا " ويكون الاعتبار في السبب للإرادة الظاهرة، لا للإرادة الباطنة، إذ يفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس، حيث جاء في نص المادة 98 مدني ما يلي: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك " وإذا ظهر أن الباعث الذي دفع المتعاقد أن الواهب غير مشروع، فيشترط لبطلان العقد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث[1].

ولا يجب أن يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين، بحيث يقبل أحدهم الباعث غير المشروع للمتعاقد الآخر، لأن نص المادة 97 و98 من القانون المدني صريحتان في ذلك.

1- شروط انعقاد الهبة العقارية:

صرحت المادة 206 من قانون الأسرة بشروط انعقاد الهبة فجاء فيها ما يلي: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ".

فأول شرط ذكرته المادة لانعقاد الهبة هو تطابق الإيجاب والقبول، ثم ذكرت الحيازة للموهوب من طرف الموهوب له، كما ذكرت ضرورة مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، وكذلك احترام الإجراءات الخاصة في المنقولات.

أ- تطابق الإيجاب والقبول:

إذا كان العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر، عن طريق اقتران الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين، فإن الهبة باعتبارها عقد لا تتم ولا تنعقد إلى بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له، والإيجاب في عقد الهبة هو التعبير الصادر عن الواهب، المعبر عن قصده ونيته في إحداث التزام يقوم في حقه، بنقل أحد أملاكه لصالح الموهوب له.

والملاحظ أن المادة 206 ق أ أوردت لفظة الإيجاب مطلقة غير مقيدة، وهذا يعني أن الإيجاب في عقد الهبة قد يصدر من صاحب الحق المتعاقد (المالك)، وقد يصدر من نائب أنابه الأصيل في

---

[1] علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1992، ص 75.

إبرام عقد الهبة، وهذا ما يستشف من نص المادة 74 قانون مدني التي نصت على " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل " فالإيجاب إذن هو التعبير عن الإرادة في إحداث التزام ما، وقد يكون من الأصيل وقد يكون من النائب ويشترط القانون أن يكون هذا الإيجاب صادر عن إرادة صحيحة، واعية، من شخص ذي أهلية حسب شرط المادة 203 ق أ.

أما القبول فهو التعبير عن الإرادة، الباات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد[1]. ويصدر عادة من الموجب له، وهو الشخص الذي صدر الإيجاب له، ويشترط لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب[2]، فالموهوب له يعبر عن إرادته في قبول الهبة، وقد يكون تعبيره هذا صراحة أو ضمنا، فالتعبير الصريح يكون واضح الصورة لأن الموهوب له يصرح بقبوله بألفاظ دالة على ذلك. أما التعبير الضمني فتكون صورته بأن يباشر الموهوب له للاستفادة من الشيء الموهوب باستغلاله. فإذا كانت دارا وهبها له شخص فإن الموهوب له لو باشر سكنى هذه الدار، كان تعبيره ضمنيا بهذا السلوك يدل على قبوله، أما السكوت مطلقا في حق الموهوب له فتشير له الفقرة الثانية من المادة 68 قانون مدني بقولها: "... ويعتبر السكون في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ".

وحسب هذه الفقرة من المادة يكون لسكوت الموهوب له إحدى الحالتين: فإذا كانت الهبة تُرتّب قيام التزام في جانب الموهوب له، أو كانت تهدف إلى الحصول منه على غاية ما، ولو كانت بعيدة، فإن الهبة هنا لا تكون ذات نفع محض للموهوب له، وفي هذه الحالة لا يعد سكوته قبول، لأن المادة تشترط حتى يكون السكوت قبولا أن يكون الإيجاب ذو نفع محض للموجب له (الموهوب له)، أما إذا كان ما يحمله الإيجاب متمحض النفع للموهوب له، بأن يكون ما يعرضه عليه الواهب نافعا له نفعا محضا، ولا يرتب على عاتقه التزاما آنيا ولا مستقبليا، كان سكوته في هذه الحال قبول لتوفر شرط المادة 68 ق م[3].

---

[1] خليل أحمد حسن قدادة: مرجع سابق، ج1، ص 43.

[2] ذهب السنهوري إلى القول أن الهبة عقد لا تتم إلا بقبول الموهوب له، أنظر الوسيط، المجلد 5، ص 29. ونرى أن المادة 68 من القانون المدني تتحدث عن العقد وأقرت رغم ذلك أن السكوت يعد قبول إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه له حيث جاء فيها "... ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ". فقد صرحت بلفظة المتعاقدين وأقرت السكوت فكان قرينة على أن السكوت في حالة الإيجاب النافع نفعا محضا للموجب له يعد قبولا في العقد إطلاقا ومنها الهبة.

[3] تطابق الإيجاب والقبول شرط انعقاد لا تنعقد الهبة ما لم يكن القبول مطابقا للإيجاب، فلو كانت نية الواهب هبة العقار وقبلها الموهوب له بنية الإعارة لم تنعقد الهبة لتخلف تطابق الإيجاب والقبول، أنظر السنهوري: مرجع سابق، المجلد 5، ص 30.

أما في مجال دراستنا، حيث يكون الموهوب عقارا فلا مجال لاعتبار السكوت قبولا ولو كان الإيجاب نافعا نفعا محضا للموهوب له، لأن التعامل في العقار يتطلب ركن رابعا هو الشكلية، حيث تتم الهبة العقارية أمام الموثق، بحضور الطرفين الواهب والموهوب له، ولابد من صدور قبول من الموهوب له[1] لطبيعة العقد الشكلي، وضرورة إبراز إرادة الأطراف فيه بشكل علني واضح وصريح.

وكما أوضحنا سابقا أن الإيجاب قد يصدر من الواهب نفسه (الأصيل)، وقد يصدر من النائب. فإن القبول كذلك في الهبة، قد يكون من الموهوب له، وقد يكون من وكيله، وهذا ما أقرته المادة 73 من القانون المدني لورود لفظة النيابة عامة، تحتمل أن تكون في إصدار الإيجاب أو إعلان القبول. كذلك يستشف هذا الأمر من نص المادة 210 قانون أسرة التي جاء فيها " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله وإذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا " فإذا كانت المادة قد أجازت الحيازة بالنيابة والحيازة أحد دروب ومظاهر القبول، فقد تكون الحيازة كما دلت عليه المادة 60 من القانون المدني قبولا لأنها موقفا لا يدع أي شك في الدلالة على أن الموهوب له يقبل الهبة لأن الحيازة تعبير ضمنيا على القبول، تجسد في حيازة الشيء الموهوب، فلا مانع بعد هذا من أن يكون صدور القبول بالنيابة من شخص أنابه الموهوب له في قبول الهبة كما أن القاصر والمجنون والجنين. لا يتصور صدور قبول منهم، وينوب عنهم في قبول الهبة الولي أو المقدم، حسب نص المادة 81 قانون أسرة فالإنابة قد تكون اختيارية، في حالة الشخص العادي الذي يتمتع بكامل حقوقه وأهليته القانونية، فينيب بمحض إرادته غيره في قبول الهبة عنه، وقد تكون الإنابة قانونية يفرضها القانون[2] في حالات خاصة.

ب - الحيازة:

حيازة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له أو وكيله ركنا في التشريع الجزائري، حيث جاء في نص المادة 206 ما يلي: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة... ".

والحيازة في الهبة هي تمكين الموهوب له من الشيء الموهوب، بحيث يظهر بمظهر صاحب الحق عليه، وذلك بسيطرته المادية عليه فيوضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له في الزمان والمكان المعينين في العقد، وبالكيفية والمقدار الذي عين به الشيء الموهوب وقت العقد، وقد

---

[1] أو من ينوب عنه قانونا.

[2] النائب في عقد الهبة إما أن يكون نائبا نيابة قانونية كالولي والوصي والقيم، أنظر المادة 81 قانون أسرة وإما يكون نائبا نيابة اتفاقية ويكون في هذه الحالة وكيل عن الواهب أو الموهوب له، أنظر المواد 73 إلى 77 من القانون المدني وفي حالة النيابة الاتفاقية يجب أن يتوفر فيها الشكلية الواجب توافرها في العقد الوارد على عقار، فالإنابة تكون أمام موثق يستشف هذا من نص المادة 2/71 قانون مدني، أما النيابة القانونية فيفرضها القضاء، أنظر الفقرة الثانية من المادة 80 قانون مدني.

أكدت ركنية الحيازة في عقد الهبة المادة 210 ق أ بنصها على " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله وإذا كان قاصرا أو محجور عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا ".

فالمادة تؤكد ركن الحيازة حتى لو كان الموهوب له قاصرا أو محجورا عليه، أو جنينا في بطن أمه. فيحوز نيابة عنه وليه، أو من أنابه القانون. وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر عن المحكمة العليا برقم 700 58 المؤرخ في 1990/02/19 حيث جاء فيه " من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز "[1] ونعتقد أن الحيازة ضرورة في عقد الهبة، حتى لو كان الشيء الموهوب عقار، عكس ما ذهب له البعض[2] للأسباب التالية:

- السبب الأول: صراحة النص بذلك، حيث جاء نص المادة 206 ق أ عاما ومطلقا في أن الهبة مهما كان محلها تنعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة.

السبب الثاني: أن الهبة عقد فوري ينتج آثاره على الفور بمجرد إبرامه، والقول بأن صب عقد الهبة الوارد على عقار في قالب رسمي أمام الموثق يغني عن الحيازة. فيه تجاوز كبير لنص المادة 206 قأ لأن الرسمية والشهر تنقل الملكية للموهوب له قانونيا، وليس فعليا وواقعيا، لأن قيام هذه الحالة (الواهب يسيطر على العقار فعليا والموهوب له مالك قانونا) فيها تصادر مع نص المادة 206 ق أ لعدم تحقق الحيازة، كما أن القول بأن الحيازة تقوم في حق المنقول فقط فيه خطأ لأن السيارة منقول وهبتها لشخص ما تتطلب إجراءات إدارية، فهل يقبل أن تسجل السيارة في بطاقتها الرمادية باسم الموهوب له، وحيازتها تكون للواهب بحيث تكون السيطرة المادية على السيارة يمارسها الواهب. فإذا لم يقبل هذا في حالة السيارة لم يقبل كذلك في حالة العقار لقيام علة مشتركة في اشتراكهما في إجراءات إدارية تثبت الانتقال وتحققه قانونيا، أما الحيازة فهي السيطرة الفعلية على الشيء. وهي إجبارية في حق العقار والمنقول، وتستثنى في حالة وجود الشيء الموهوب بيد الموهوب له مسبقا لأن الحيازة متحققة قبل عقد الهبة، وهذا ما نصت عليه المادة 207 كذلك إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، أو كان الشيء الموهوب مشاعا لم تكن الحيازة ضرورية، واستغني عن ذلك بالإجراءات التوثيقية والإدارية، وعلة ذلك توافر الثقة بين الأب وابنه والزوج وزوجته، لأن الابن قد يكون قاطنا مع أبيه في نفس الدار التي وهبها له، فهو حائز أو في حكم الحائز لها مسبقا، كذلك بين الأزواج فالعادة أن يعيشا معا في مسكن واحد، فلو وهب الزوج لزوجته أو العكس اكتفيا بالتوثيق دون الحيازة،

---

(1) قرار قضائي صدر بتاريخ 1990/02/19 عن المحكمة العليا المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 04، ص 113. نفس الحكم تبناه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/04/21 تحت رقم 457 40 المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 02، ص 72.

(2) أنظر حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 11 حيث يذهب إلى عدم ضرورة الحيازة في العقار لأن إجراءات التوثيق تغني عن ذلك.

أما حالة الشيوع فتغني فيها الإجراءات الإدارية والتوثيق لتعذر الحيازة لأن المشاع تكون فيه الحصص غير مفرزة، فالموهوب له يدخل بالهبة الواردة على المشاع شريك على الشيوع بنسبة معينة في الشيء دون تعيين لحصته، وعدم التعيين تتعذر معه الحيازة.

وهذا ما أكدته المادة 208 ق أ بنصها على " إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة ".

ج- الشكلية في عقد الهبة الوارد على عقار:

بما أننا نتحدث عن الهبة العقارية، والعقار كما هو معلوم لا ينتقل إلا بالشهر حسب المادة 793 قانون مدني، والعقود لا يقبل شهرها ما لم تكن موثقة حسب نص المادة 61 من المرسوم 63/76 التي نصت على: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي " فإن التوثيق وصب عقد الهبة في قالب شكلي يعتبر ركنا في عقد الهبة العقارية.

والجدير بالذكر أن المادة 206 من قانون السرة ذكرت وجوب (مراعاة قانون التوثيق في العقارات) وإذا تصفحنا هذا الأخير (قانون التوثيق) لا نجد فيه نصا يتحدث عن العقار بصفة خاصة، بل أقصى ما نجد نص المادة 03 من القانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 يتضمن تنظيم مهنة الموثق الذي جاء فيه ما يلي: " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة " فهذه المادة تشير ضمنيا إلى ما جاء في نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، التي توجب الشكل الرسمي في العقود، التي تتضمن نقل ملكية عقارية، أو حقوق عقارية... وحتى قانون التوثيق رقم 27/88 المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، والملغى بأحكام القانون رقم 02/06 بموجب المادة 71 منه لم يرد فيه نص يخصص العقار بهذه الميزة سوى نص المادة 05 منه التي استبدلت بنص المادة 03 نفسها من قانون 02/06 وهي كذلك تحيل ضمنيا على نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، فالمادة 206 من قانون الأسرة تحيل في الواقع على المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 التي جاء فيها " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، فغن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق " وهذا الأمر قد ألغي وتعاقب على إلغائه قانونان القانون رقم 27/88 والقانون رقم 02/06 وبما أن قانون الأسرة الجزائري قد عُدل مؤخرا بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 كان على المشرع أن يراعي هذا الجانب، ويحيل مباشرة على القانون المدني وليس على قانون التوثيق، فكان على المادة 206 من

قانون الأسرة أن تأتي على الصياغة التالية: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة مع مراعاة ما يتطلبه القانون بالنسبة للعقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " فالمشرع تعرض بالتعديل في قانون الأسرة إلى أحكام الزواج والطلاق فقط دون المساس بالأحكام الأخرى رغم ضرورة ذلك؟!.

ومن تمام الشكلية أن تعقد الهبة بحضور شاهدي عدل، يشترط أن يكونا كاملي الأهلية مقيمين بالبلد، وليس لهم مصلحة ولا غاية ترجى من وراء عقد الهبة، وحضور الشاهدين في عقد الهبة ضروري وواجب لأنها من العقود الاحتفائية فقد جاء في نص المادة 324 مكرر 3 ما يلي " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين " وقد قدمنا القول أن المشرع لم ينص على تعريف العقود الاحتفائية ولا ذكرها بل هو ينقل هذا النص عن المشرع الفرنسي[1] وحسب هذا الأخير العقود الاحتفائية تدخل الهبة ضمنها[2]، ومن ثم يجب عقدها بحضور شاهدين، تحت طائلة بطلانها[3].

2- شروط صحة الهبة العقارية:

لا تختلف شروط صحة الهبة الواردة على عقار، عن شروط صحة العقود عموما.

أ- الأهلية في عقد هبة العقار:

يستخلص من نص المادة 203 من قانون الأسرة التي جاء فيها ما يلي " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه ".

أن الشروط الواجب أن تتوفر في الواهب هي:

- سلامة العقل.
- بلوغه سن 19 سنة كاملة.
- وأن يكون غير محجور عليه.

$أ_1$- سلامة العقل:

يشترط في الواهب، أن يكون سليم العقل وذلك لأن عقد الهبة يجرده من ماله دون عوض، فهو يفقر ذمته ويثري ذمة الموهوب له، لأجل ذلك كانت سلامة العقل متطلبة في الواهب، لأنه مندوب إلى التدبير وتقدير التصرف الخطير الذي يقدم عليه يمنح ماله دون عوض. ولأن الهبة عقد والتعاقد يقوم

---

(1) أنظر الصفحة من هذه المذكرة، هامش.

(2) وذلك حسب المادة 09 من قانون فانتوز المعدل المرسوم الصادر بتاريخ 1902/08/12.

(3) لزيادة بيان حول شهادة الشهود، أنظر الصفحة من هذه المذكرة.

أصلا على الإرادة، ولا إرادة لعديم التمييز فهو لا يقدر الأمور قدرها لأن تصرف التبرع ضار له ضرر محض ما كان دون عوض، ويدخل تحت هذا الحكم كل من لم يبلغ بعد سن التمييز وهو حسب التعديل الجديد للقانون المدني ثلاث عشرة (13) سنة حيث منعت المادة 42 من القانون المدني كل من لم يبلغ سن التمييز أو كان به جنون أو عته من مباشرة حقوقه المدنية فنصت على " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ".

فالمادة وحدت بين صغر السن والجنون والعته ومنعت كل من قامت به حاله من هذه الحالات من إبرام التصرفات وذلك لعلة مشتركة بينها، فالصبي لم ينضج عقله بعد ولا يميز بين ما يضره وما ينفعه بينما المجنون والمعتوه قامت بهما صفتان تخلان بالعقل فلا تستقيم الأشياء عندهما ضررا ونفعا، وحسب نفس المادة من بلغ سن ثلاث عشرة سنة مميز لكنه حسب المادة بعدها 43 ناقص الأهلية حيث جاء فيها " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون لأجل ذلك " قسمت المادة 83 من قانون الأسرة تصرفاته إلى ثلاثة أصناف فما كان نافعا له نفعا محضا كان نافذا وما كان ضارا له فهو باطل، أما إذا كان التصرف مترددين النفع والضرر في حقه كان متوقفا على إجازة الوالي أو الوصي.

أ2-بلوغ سن 19 سنة كاملة:

تشترط المادة 203 ق أ إلى جانب سلامة العقل ضرورة أن يكون سن الواهب 19 سنة فما فوق وهو سن الرشد في القانون المدني الجزائري الذي نصت المادة 40 منه على " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ".

وحسب نص المادتين 203 ق أ، و40 ق م ج تكون تصرفات من بلغ سن تسعة عشرة سنة كاملة ولم يحكم عليه باستمرار بقاءه تحت الولاية والوصية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه صحيحة ومنتجة لآثارها.

أ3- أن لا يكون محجور عليه:

جاء في المادة 101 من قانون الأسرة ما يلي: " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ".

فالحجر حسب هذه المادة نتيجة لعارض قام بمن بلغ سن الرشد وهذا العارض قد يكون جنون أو عته أو سفه[1] فيمنع من قامت به حالة من هذه الحالات من التصرف بل تعتبر كل تصرفاته باطلة بشرط أن يكون الحجر بحكم قضائي بعد إثبات سبب الحجر من أهل الخبرة كالأطباء وغيرهم في هذا الشأن تنص المادة 103 ق أ على " يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر ".

كما تنص المادة 107 من قانون الأسرة على أن تصرفات المحجور عليه كلها باطلة سواء بعد الحجر أو قبله إذا تبين أن سبب الحجر قائم وظاهر حتى قبل الحجر حيث جاء فيها ما يلي: " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها ".

فحكم تصرفات المحجور عليه البطلان المطلق ويؤيد هذا المادة 85 ق أ إلى جانب المادة 107 منه حيث جاء في المادة 85 التالي: " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه ".

ب - أهلية الموهوب له:

لم يشترط المشرع الجزائري في الموهوب له لا أهلية الأداء ولا حتى التمييز[2] بل جعل صحة الهبة قائمة في حق الموهوب له ما توافر فيه أحد الاحتمالين التاليين:

$ب_1$- الاحتمال الأول:

أن يكون الموهوب له موجودا حقيقة وبذلك فهو حيا لأن عقد الهبة يكون بين الأحياء ولابد فيه من إيجاب وقبول.

$ب_2$- الاحتمال الثاني:

أن يكون الموهوب له موجودا حكما لا حقيقة كالجنين في بطن أمه وقد تضاربت الآراء حول صحة الهبة للحمل فذهب بعضهم إلى عدم جوازها وهذا ما أخذ به القانون المصري لأن الحقوق التي

---

(1) سفاهة العقل لها عدة صور قد تكون بإضاعة المال وصرفه في غير وجهه المستحقة وقد يكون بتبذيره دون وجه حق فإذا كانت تصرفات الشخص في ماله غير سوية جاز الحجر عليه لقوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم فيها ".

(2) أنظر خلاف ذلك أحمد تقية: مرجع سابق، ص 112. السنهوري: مرجع سابق، المجلد 5، ص 97.

أعطاها الشارع للحمل وأثبتها له أربعة لا غير حسب ما اتفقت عليه المذاهب[3] هدا المذهب المالكي وهي:

- الحق في النسب من أبيه وأمه وما يتصل به[1].
- الحق في الإرث ممن يموت من مورثه[2].
- الحق في الوصية[3].
- الحق في الوقف[4].

ولا توجد الهبة بين هذه الحقوق لذلك ثم استبعادها في حق الجنين فلا أهمية للحمل في استحقاق ما سوى هذه الحقوق الأربعة عند جمهور الفقهاء.

وذهب الإمام مالك[5] إلى خلاف ذلك حيث يُجوّزُ الهبة لكل من الجنين والمعدوم فإن ولد الجنين حيا وعاش صحت الهبة وإن استهل صارخا ثم مات ورث الهبة ورثته وتبقى الهبة على ملك الواهب أو ورثته لو خرج الجنين من بطن أمه ميتا وأخذ القانون الجزائري بهذا الرأي إذ تنص المادة 209 قانون أسرة على " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا ".

فالمشرع الجزائري يجوّز الهبة للحمل أخذا بمذهب الإمام مالك بشرط أن يولد حيا ولأن الحيازة ركن في عقد الهبة فإنها تمارسها نيابة عن الجنين ممن ينوب عنه قانونا لما جاء في نص المادة 210 ق أ الناصة على " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله وإذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا ".

وحسب نص المادة 87 ق أ التي جاء فيها ما يلي: " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا... ".

---

(3) أبو محمد أبو زهرة: أصول الفقه، ص 331 نقلا عن أحمد تقية: مرجع سابق، ص 99.

(1) أنظر المواد 40، 41، 43، 44، 45 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) أنظر المادة 128 و130 قانون أسرة جزائري.

(3) أنظر المادة 180 والمواد من 186 إلى 201 قانون أسرة جزائري.

(4) أنظر المواد من 213 إلى 220 قانون أسرة جزائري والمشرع الجزائري لم ينص على حق الجنين في الوقف كما فعل في الوصية والهبة.

(5) أحمد تقية: مرجع سابق، ص 111.

فإن الأب هو من يتولى الحيازة عن حمل زوجته منه لأنه من أولاده باعتبار ما سيكون[6] وإذا غاب الأب تحل الأم محله وتحوز نيابة وبدلا عن الجنين بنص المادة المتقدمة.

ونعتقد أن المشرع الجزائري لم يشترط التمييز في الموهوب له حيث تصح الهبة حتى لعديم التمييز لأن القانون الجزائري نص على ضرورة أن تكون الحيازة من طرف من أنابه القانون عن الموهوب له ما كان قاصرا ومحجورا عليه حسب الفقرة الثانية في المادة 210 ق أ ولم ينص على النيابة في القبول عكس المشرع المصري الذي نص في المادة 487 من القانون المدني على وجوب قبول الهبة من الموهوب له أو من نائبه حيث جاء في هذه المادة " لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه، فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب ".

ومن المعلوم أن القبول لا يصدر إلا من مميز فإذا انعدم التمييز أناب القانون المصري الولي أو الوصي نيابة عن الموهوب له في قبول الهبة بينما سكت المشرع الجزائري عن هذا الأمر حيث أورد القبول عام في نص المادة 206 ق أ بنصها على " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول... " ولم يتعرض لحالة النيابة في قبول الهبة وقد نجد في نص المادة 81 ق أ[1] عوض عن ذلك لكنها لا تخصص ذلك للهبة كما فعل المشرع المصري.

ج- الشيء الموهوب (العقار الموهوب):

يسري على العقار الموهوب باعتباره محل عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام وباعتباره العقار حسب المادة 683 من القانون المدني هو " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف... ".

وباعتبار الحيازة ركن في عقد الهبة حسب المادة 206 من قانون الأسرة حيث جاء فيها " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة... ".

ولما كان العقار يتصف بالثبات والاستقرار في حيزه وكانت الهبة لا تتم إلا بالحيازة فإن الشروط الواجب توافرها في العقار الموهوب أربعة هي: 1- أن يكون العقار الموهوب مملوكا للواهب. 2- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين. 3- أن يكون موجودا وقت الهبة. 4- أن يكون مشروعا وقابلا للتعامل فيه.

---

[6] نصت المادة 41 من قانون الأسرة على " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ".

[1] جاء في نص المادة 81 قانون أسرة ما يلي " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون، أو عتــه، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون ".

ج1- وجوب أن يكون العقار الموهوب ملكا للواهب:

نصت المادة 205 ق أ على " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير ".

فالمادة صريحة في وجوب أن يكون الشيء الموهوب (العقار الموهوب) ملكا للواهب. والشاهد لفظة " كل ممتلكاته " حيث يفهم من هذه اللفظة وجوب أن يكون ما يهبه الواهب ملكا له لأن القاعدة تنص على استحالة تمليك ما ليس بمملوك، والمنطق يقتضي هذا ويجرنا هذا للحديث عن هبة ملك الغير هل تقع صحيحة أم باطلة قياسا على بيع الفضولي وأنه يقع صحيحا موقوفا على إجازة المالك(1) حسب نص المادة 398 من القانون المدني التي جاء فيها " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري... ".

ونعتقد أن هبة ملك الغير تقع باطلة لاسيما إذا كان محلها عقارا للأسباب التالية:

- **السبب الأول:**

أن النص على وجوب أن يكون محل الهبة مملوك للواهب صرّحت به المادة 205 ق أ ولم يأتي في قانون الأسرة الجزائري ما يدل على جوز هبة ملك الغير وإنزالها منزلة بيع الفضولي عكس الأمر في القانون المصري الذي وحدت المادة 491 منه حكم هبة ملك الغير مع بيع ملك الغير وقالت بالجوز القابل للإبطال لمصلحة الموهوب له(2).

- **السبب الثاني:**

أن هناك فرق بين البيع والهبة فالبيع يكون نظير عوض يعود على المالك فإذا باع الفضولي ملك غيره ورأى المالك مصلحة له في هذا البيع أمضاه وأجازه لاعتبار النظير العائد عليه جراء هذا البيع. أما الهبة فالأصل فيها التبرع وهذا يغني انعدام العوض والمقابل فيها لأجل ذلك تكون باطلة متى صدرت من فضولي وفد اختلفت المذاهب الفقهية في صحة الهبة من الفضولي إذا أجازها المالك فذهب المالكية إلى صحتها(3) وذهب غيرهم إلى بطلان هبة ملك الغير لو أجازها المالك(4) وقانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه الحالة صراحة ونعتقد أنه مادام أورد لفظة ممتلكاته في صدر المادة 205

---

(1) يكون قابلا للإبطال، أنظر نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري.

(2) نصت المادة 491 من القانون المدني المصري على " إذا وردت الهبة على شيء معني بالذات غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام المادتين 466 و467 "وحكم المادتين تجوز ملك الغير مع قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري، أنظر السنهوري: مرجع سابق، المجلد 5، ص 121، والمجلد 4 الفقرة 161.

(3) أنظر محمد عليش: منح الجليل، مرجع سابق، ص 220. محمد تقية: مرجع سابق، ص 147.

(4) محمد تقية: مرجع سابق، ص 148.

منه ولم يأتي بما يضادها فإن شرط أن يكون محل الهبة ملك للواهب قائم ولا يجوز هبة ملك الغير لانعدام النص.

- **السبب الثالث:**

أن الهبة إذا كان محلها عقار فإن المشرع فرض في المادة 206 ق أ وجوب مراعاة أحكام قانون التوثيق[1] في العقارات وهو يقصد الشروط المتطلبة في العقار من شكلية وشهر ولأن العقار لا تنتقل فيه الملكية إلا بالشهر والشهر لا يقبل إلا بإفراغ الهبة في قالب شكلي وإعداد عقد بذلك من طرف الموثق ولن يتأت هذا في حق الغير فلا يستطيع هبة ملك الغير لأن الموثق يتثّبت من أطراف العقد وصحة ملكيتهم لمحل العقد (العقار) حسب نص المادة 12 والمادة 29 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، وكذلك المحافظ العقاري يتعين عليه القيام بهذا الدور (التحقيق في هوية أطراف العقد وصحة الأوراق المقدمة للشهر) حيث نصت المادة 22 من الأمر رقم 74/75 على " يحقق المحافظ في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار ".

ولأن الشكلية ركن في عقد الهبة التي محلها عقارا ونظرا للاعتبارات السابقة فإن هبة الفضولي الواردة على عقار تقع باطلة.

ج$_2$- وجوب أن يكون محل الهبة معينا أو قابلا للتعيين:

نصت المادة 94 من القانون المدني على " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا... " وبتنزيل هذه الفقرة من المادة على محل الهبة العقارية نقول يجب أن يكون العقار الموهوب محددا تحديد ينفي عنه الجهالة من قبل الموهوب له فلو كان دارا اقتضى الأمر ذكر موقعها وبيان صفاتها ومميزتها وحالة بنائها وعدد أدوارها إن لم تكن أرضية وذكر مرافقها ومساحتها ونوعها بأن كانت خصبة أو نصف خصبة فلاحية أو عمرانية إلى غير ذلك من الأوصاف الأساسية التي تنفي عن العقار الموهوب جهالة الموهوب له بما وُهب له إبعادا للغرر والنزاعات.

هذا في المعين أما القابل للتعيين فتدخل فيه هبة العقار المشاع الذي نصت عليه المادة 208 ق أ بقولها: "... أو كان الموهوب مشاعا... " فيحوز هبة العقار المشاع لأنه قابل للتعيين وقد نصت المادة 714 من القانون المدني على " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها... " فالمادة أقرت تصرف الشريك في الشيوع في حصته لأنه مالكا لها ومن صور التصرف المخول للمالك أن يهب ملكه هذا لغيره وقابلية العقار المشاع للتعيين تكون بذكر الحصة المشاعة المملوكة للواهب بتحديد نسبتها في مجمل العقار المشاع بأن تكون ربعه أو نصفه أو غير ذلك مع ذكر حدود العقار المشاع كله، ومجموعة الشركاء في الشيوع، ونوع الأرض إن كانت أرضا، وصفات

---

[1] كان الأولى التنصيص على مراعاة أحكام القانون المدني، المادة 324 مكرر منه، أنظر الصفحة من هذه المذكرة.

الدار ومميزتها إن كان الموهوب دارا مع ذكر الموقع وكل صفة ترفع بها جهالة العقار الموهوب في الشيوع فإذا قبل الموهوب له العقار الموهوب على الشيوع صحة الهبة مع اتخاذ باقي الإجراءات المستوجبة في العقار. وقد اختلف فقهاء المذاهب في حكم هبة المال المشاع شيوع اختياريا أو إجباريا.

فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى عدم جواز هبة المشاع القابل للقسمة (الشيوع الاختياري) بينما ذهب مالك والشافعي وأحمد إلى جوز ذلك مطلقا لأن يد المالك مطلقة في ملكه والشريك في الشيوع مالك.

ج3- أن يكون الموهوب موجودا وقت الهبة:

إن ضرورة وجود محل العقد شرط قائم في كل العقود الفورية التي تفيد التمليك في الحال عند إبرام هذه العقود ولا يجوز تخلف المحل عن إبرام العقد صونا لهذا النوع من العقود من الإلغاء وما دامت الهبة عقد فوري[1] فإن محل عقد الهبة يشترط وجوده ساعة العقد.

وقد نصت المادة 206 ق أ على " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة... " فالحيازة ركن كما ذكرنا في عقد الهبة فإذا تخلفت بطلت الهبة ولا يستطيع الموهوب له أو نائبه حيازة الشيء الموهوب ما لم يكن موجودا وقت إبرام عقد الهبة ومنه نخلص إلى عدم جواز هبة الأموال المستقبلية رغم أن المادة 92 من القانون المدني تنص على " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا ... " وتخرج الهبة عن دائرة هذا النص لأنها يشترط فيها ركن الحيازة التي تبطل الهبة بغير تحققها بنص الفقرة الثانية من المادة 206 ق أ التي ذكرت أركان الهبة وهي الإيجاب والقبول والحيازة ثم جاء في هذه الفقرة ما يلي: " وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " فإذا كان محل عقد الهبة عقارا احترق وقت إبرام عقد الهبة أو احترق قبل ذلك أو انهدم ولم يعلم صاحبه (المالك) وقت إبرامه للعقد فإن حكم هذه الهبة البطلان لتخلف المحل، كذلك لو أبرم شخص عقد هبة على أرض ما مجاورة لنهر وصادف أن ابتلع النهر هذه الأرض وغمرت مياهه الأرض موضوع عقد الهبة وقعت الهبة كذلك باطلة لتخلف وجود المحل وقت العقد، ومنه عدم جواز هبة الأشياء المستقبلية كمن يهب لشخص ما أرضا سيرثها مستقبلا عن أبيه فحكم هذه الهبة المستقبلية البطلان، حيث جاء في نص المادة 2/92 من القانون المدني ما يلي: "... غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه... ".

ج4- أن يكون محل الهبة مشروعا وقابلا للتعامل فيه:

إن عدم قابلية الشيء للتعامل فيه ترجع إلى أمران هما: طبيعة هذا الشيء نفسه أو إذا أخرجه القانون من دائرة التعامل.

---

[1] عبد الحفيظ بن عبيد: مرجع سابق، ص 152.

فالشيء الخارج من دائرة التعامل بحسب طبيعته هو الشيء الذي يحق للجميع الانتفاع به على السواء من غير أن يحول انتفاع أحدهم دون انتفاع غيره به كالهواء وأشعة الشمس وماء البحر...إلخ. وهي الأشياء التي عنتها المادة 682 من القانون المدني بنصها على "... والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها... ".

لكن استحالة التعامل في هذه الأشياء قد يرد عليه استثناء بتجاوز هذه الاستحالة كتمكن الأفراد من ضغط الهواء في قارورات وأنابيب تم التصرف فيه بالبيع أو الهبة، كذلك لو أحرزت أشعة الشمس وحفظت في بطريات طاقة شمسية جاز التعامل فيها، وقس على ذلك... .

ولأن موضوعنا هو العقار فإن أنواع العقارات التي تخرج عن دائرة تعامل الأفراد بحسب طبيعتها هي تلك التي ذكرتها المادة 15 من قانون 30/90 كقعر البحر الإقليمي والمياه البحرية الداخلية والبحيرات والثروات والموارد الطبيعية والمائية والثروات المعدنية[1] والمناجم والمحاجر[2] والغابات فلا يعقل أن تُمتلك هذه الأشياء من الأفراد، وبالتالي يستبعد تصرفهم بها وقد ينظم لها من زاوية أخرى فإنّا قد أثبتنا سابقا أن الواهب لا يستطيع أن يهب إلا ما يملك، وطالما هذه الأشياء لا يستطيع الفرد العادي امتلاكها[3] لطبيعتها الخاصة فهو لا يستطيع هبة مالا يملك ولا يستطيع الاستفادة من هذا النوع من الأراضي إلا عن طريق الرخص أو الامتياز[4]، والامتياز ليس تمليك، كالشوارع والطرق والمطارات وغيرها، وقد حددتها على سبيل المثال المادة 16 من القانون رقم 30/90 فهذه العقارات لا يجوز أن تكون محلا للتعامل بين الأفراد، كذلك أفادت هذا المعنى المادة 688 من القانون المدني بنصها على " تعتبر أموالا للدولة العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة أو لإدارة أو لمؤسسة عمومية... " ومنعت المادة التي بعدها 689 التصرف فيها أو حجزها أو تملكها بالتقادم. هذا بالنسبة للأملاك الوطنية التي تخرج من دائرة التعامل تبعا لطبيعتها أو

---

[1] صنفت هذه الأشياء كعقارات لانطباق تعريف العقار عليها (الشيء الثابت بحيزه والمستقر فيه، فلا يمكن نقل مكان البحر).

[2] نصت المادة 07 من القانون رقم 06/84 المؤرخ في 07 جانفي 1984 المتعلق بالأنشطة المنجمية على "... تعتبر بمثابة عقارات المناجم والمقالع أو المحاجر والبنايات الخاصة بالاستغلالات والمنشآت والآلات والآبار والأروقة والأشغال الأخرى المقامة في عين المكان... ".

[3] إلا بمناسبة الاستثمار عن طريق الامتياز، أنظر المرسوم التنفيذي رقم 322/94 المؤرخ في 1994/10/17 المتعلق بمنح امتياز أراضي الملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الاستثمار، ج ر رقم 67 بتاريخ 19 أكتوبر 1994.

[4] الامتياز نظام تمنح بموجبه الدولة قطعة أرض لمدة محددة لمستثمر قصد تحقيق ما لقاء دفع أجرة امتياز، أنظر أعمر يحياوي: الوجيز في الموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، مرجع سابق، ص 138. والرخص مثل رخص الطريق والوقف في المادة 164 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91.

لتنصيص على خروجها من دائرة التعامل قانونا (حمايتها)، أما بالنسبة للملكية الخاصة فقد منع القانون التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه حسب المادة 92 من القانون المدني ولو كان التصرف من الوارث، كذلك منع القانون الولي من التصرف في أموال القاصر إذا كان المر متعلق ببيع عقار أو قسمته أو رهنه وإجراء مصلحة أو إيجاره لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات، كذلك منعه من بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة كما منعه من الاستثمار بأموال القاصر أو قرضها والمساهمة بها في رأسمال شركة إلا بعد صدور إذن من القضاء، وهذا ما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة.

كذلك منع القانون المالك من التصرف في أملاكه في حالات ما إلا بنسب محددة فقد جعل القانون تصرف المريض مرض الموت غير نافذ إلا في حدود الثلث، وهذا ما دلت عليه المادة 204 من قانون الأسرة والمادة 776 من القانون المدني.

كما منع القانون المدين أو الحائز للعقار سواء كان مالكا له أو كفيل عينيا من التصرف فيه بعد حجزه قضائيا من طرف الدائن، فالحجز العقاري وسيلة جبرية يلجأ إليها الدائن قبل التنفيذ على شخص المدين بغية استيفاء دينه فتوضع العقارات المملوكة للمدين تحت يد القضاء تمهيدا لبيعها بالمزاد العلني وتقيد هذه العملية في المحافظة العقارية وينتج عن هذا القيد منع المحجوز عليه من التصرف في العقار المحجوز حيث نصت المادة 385 من قانون الإجراءات المدنية على " لا يجوز للمدين من يوم تسجيل الحجز أن ينقل ملكية العقار المحجوز عليه ولا أن يرتب عليه حقوقا عينية وإلا كان تصرفه باطلا... " وقيد هذا الحجز بالمحافظة العقارية لا يؤدي حتما إلى أن يفقد المحجوز عليه ملكيته على هذا العقار ما لم تنتهي إجراءات الحجز بالبيع العلني ورسو المزاد على من تقدم بأعلى عرض[(1)].

وحسب نص المادة 385 ق أ م يمنع المحجوز عليه من التصرف في عقاراته من يوم إشهار هذا الحجز بالمحافظة العقارية فلا يستطيع بيعها أو المقايضة بها ولا هبتها ولا وقفها كما لا يستطيع إنشاء حقوق عينية أصلية عليها كحق الانتفاع والارتفاق وغيرها... كذلك يمنع من توقيع حقوق عينية تبعية عليها كالرهن وغيره[(2)].

ثانيا - خصائص عقد الهبة:

لما كانت الهبة عقدا فهي متوفرة على جميع خصائص العقد بصفة عامة من وجوب توافر الإدارة وسلامتها من العيوب وتحقق الأركان المتطلبة. وقد تشترك مع غيرها من التصرفات ببعض

[(1)] عبد الرحمن بربارة: طرق التنفيذ في المسائل المدنية، منشورات بغدادي، ط$_1$، الجزائر، 2002، ص 132.
[(2)] المرجع السابق، ص 134.

الخصائص مثل كونها تتم في الأصل دون عوض[1] فتشاركها الوصية في هذه الخاصية كذلك قد تتصف بأنها عقد فوري يتم على الفور ويشاركها في ذلك البيوع المنجزة والفورية... .

غير أن أهم ما تنفرد به الهبة في اعتقادنا حسب نصوص قانون الأسرة هو الخصائص الثلاثة التالية:

1- خاصية تحول الهبة إلى وصية.

2- خاصية أن الهبة لا تتم إلا بالحوز (الحيازة).

3- خاصية عدم قابلية الرجوع فيها إلا استثناء في حق الوالدان.

1- تحول الهبة إلى وصية:

صرحت المادة 204 من قانون السرة التالي: " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية ".

والمستخلص من هذه المادة أن الهبة التي يوقعها الواهب في مرض موته يكون حكمها حكم الوصية والسبب في ذلك راجع إلى تعلق حق الورثة بأموال مورثهم ابتداء من مرحلة مرض موته وليس من وقت موته فقط فقد روى أبو الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم " رواه الدارا قطني[2].

فالحق الذي قرره الشرع الإسلامي للشخص في أملاكه وهو مقبل على الموت محدد بثلث ما يملك فله التصرف بهذا الثلث تفضلا من الله تعالى عليه ورحمة به وكرامة منه مكّن هذا المقبل على الموت من التصدق أو التصرف في ثلث ماله حتى يزيد به أجره ويرفع به درجته فمهما كانت التصرفات التي يجريها من قامت به هذه الحالة (الإحساس بدنو الجل) فهي مقيدة بالثلث، ومهما كانت تسمية هذا التصرف وقد تبنت المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري معنى هذا الحديث[3] وخصصت الهبة بالذكر فلو وهب شخص في مرض موته أو في الحالات المخيفة التي يتوقع معها الهلاك غالبا كانت هبته هذه منزّلة منزلة الوصية ولا تكون نافذة إلا في حدود الثلث ولأن الغيب لا يعلمه إلا الله فلا يستطيع أي إنسان معرفة ساعة نهايته، وما تدري نفس ماذا تكسب غدا وما تدري نفس بأي أرض تموت، ولأن للموت أسباب ومن أعظم أسبابها المرض كانت مرحلة المرض التي تسبق الموت سببا في تقييد المالك من التصرف في أكثر من ثلث ما يملك لأجل هذا برز الاختلاف في مدة مرض الموت

---

(1) قد تكون مقابل عوض حسب نص المادة 202 قانون أسرة.

(2) حديث أخرجه أيضا أحمد في سننه والبيهقي وابن ماجة والبزار من حديث أبي هريرة، أنظر نيل الأوطار للشوكاني: المجلد 5، ص 38.

(3) كذلك فعلق المادة 776 من القانون المدني.

فمنهم من جعلها سنة قبل الموت ما كان الشخص مريض فيها وأفضى به هذا المرض إلى الموت في مدة سنة ومنهم من جعلها أقل من ذلك. وخيرا فعل المشرع الجزائري بعدم التنصيص على مدة مرض الموت، ترك ذلك للفقه، لأن الأحوال تختلف من شخص إلى آخر، فمن قامت به علة (مرض) خطير ينتهي لا محالة بالموت كمرض السرطان والإيدز وغيرها وألزمه هذا المرض الفراش وأعجزه عن رعاية مصالحه وامتدت هذه الحالة لأكثر من سنة، فما حكم التصرف أو ما حكم الهبة التي أوقعها من كانت هذه حاله ولو كانت الهبة قبل موته بسنتين مع توافر العناصر والشروط المتطلبة في مرض الموت[1] (كالمرض) (التزام الفراش) (القعود عن إدارة المصالح) (خوف الهلاك والموت)؟ أعتقد أن هذه الهبة تأخذ حكم الوصية.

كذلك يأخذ نفس الحكم تصرف من قامت به حالة من الحالات المخيفة كالمرابط في ساحة القتال ولو طال هذا الرباط لأكثر من سنة فإن حالة خوف الهلاك والموت قائمة فلو وهب هبة أنزلت منزلة الوصية لقيام العلة وهي خوف الموت والهلاك.

2- الهبة لا تتم إلا بالحيازة:

ثاني خاصية تتميز بها الهبة أن الحيازة ركن فيها فلا تتم الهبة دون حيازة وهذا ما أكدته المادة 206 من قانون الأسرة بقولها: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة " وهذه الخاصية جعلت الهبة عقدا فوريا لا يجوز التراخي فيه ولا إرجاءه إلى مدة ما، فالهبة عكس الوصية فإذا كانت الوصية مضافة إلى ما بعد موت الموصي أي لا تكون سارية في حق الموصى له والغير إلى بعد موت الموصي وقبول الموصي له فإن الهبة أثرها فوري ولا يحتمل الإمهال بل تكون سارية في حق الواهب والموهوب له والغير من تاريخ إمضاء العقد أمام الموثق ونشره صحيحا.

وقد أوردت المادتين 207 و208 استثناء على قاعدة الحيازة ركن في الهبة وذلك بعرض حالات يستغني فيها عن الحيازة كركن في عقد الهبة حيث نصت المادة 207 على " إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة... ".

فالمادة تعرض فرضية أن يكون الشيء الموهوب (العقار الموهوب) بيدي الموهوب له كأن يكون مستأجرا لدار ويشغلها فعلا هو وعائلته ثم يقوم المؤجر بهبة هذه الدار للمستأجر فغن حالة شغل المستأجر لدار الموهوبة يغني عن الحيازة لأنها قائمة من قبل.

أما المادة 208 فتعرض ثلاث فرضيات يستثنى بها ركن الحيازة في عقد الهبة.

---

[1] أنظر في شروط مرض الموت، أحمد تقية: المرجع السابق، ص 114 وما بعدها.

الفرضية الأولى أن يكون الواهب ولي الموهوب له ومن المعلوم أن من يكون في حاجة إلى الولاية هو الصغير القاصر حيث تناولت أحكام الولاية المواد من 87 إلى 91 من قانون الأسرة فإذا ثبتت الولاية للأب وبعد وفاته للأم وفي حالة غيابهما تعين المحكمة مقدم حسب نص المادة 99 ق أ ولأن الولاية لا تكون إلا للوالدين فإذا قام هذا الولي بإجراء هبة لمن هو في ولايته كانت هذه الهبة في غير حاجة إلى ركن الحيازة لأن المتولي يقيم عادة مع وليه كما أن الحيازة يقوم بها في هذه الحال الولي نفسه فيكون بذلك واهب وحائز في نفس الوقت ولتوحد المحل استغني عن الحيازة.

الفرضية الثانية التي تعرضها هذه المادة هي حدوث الهبة بين الأزواج سواء وهب الزوج لزوجته أو وهبت الزوجة لزوجها فإن ركن الحيازة مستثنى في هذه الحالة. لمكانة الزوج من زوجته ومكانة الزوجة من زوجها فإن الروابط بينهما تقوم على المحبة والثقة(1) فإذا كان الشيء الموهوب عقار (دارا) تقيم فيها العائلة فيفترض أن الحيازة حاصلة ابتداء، ونعتقد أن هذه المادة 208 ق أ قد تتعارض ولو جزئيا مع نص المادة 37 من نفس القانون المعدلة بموجب القانون رقم 09/05 حيث جاء في هذه الأخيرة " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر ".

فمادام القانون قد فرق بين الذمتين كان الأولى أن يكون للحيازة مكان في هبة الزوجين(2).

أما الفرضية الثالثة التي جاءت بها المادة هي أن يكون محل الهبة شيء مشاعا ولخصوصية المشاع كون الحصص فيه غير مفرزة بل محددة بنسب فلا يستطيع المالك في الشيوع أن يحدد حصته تحديدا نهائيا إلا بعد القسمة سواء الودية أو القضائية، ولما كانت الحيازة لا ترد إلا على المعين والمفرز كانت الحيازة مستثناة كذلك في هذه الحالة واستعيض عنها في هذه الحالة وفي الحالتين قبلها بعملية التوثيق والإجراءات الإدارية المتطلبة حسب كل حالة.

فإذا كانت الهبة واردة على عقار مشاع فإن إجراءات توثيق هذه الهبة وشهرها بالمحافظة العقارية تغني عن الحيازة لتعذرها لأن الحيازة للجزء المحدد كنصيب يكون موضوع مضانة لأنه حسب الفقرة الثانية من نص المادة 714 قانون مدني قد يتغير هذا الجزء عند القسمة حيث جاء في هذه الفقرة من المادة التالي: " ... إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا

---

(1) نصت المادة 03 من قانون السرة على " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية ".
ونصت المادة 04 منه على " الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ".

(2) الأصل في الهبة بين الزوجين عدم قابلية الرجوع فيها عكس القانون الفرنسي الذي يحيز الرجوع في الهبة بين الأزواج حيث تنص المواد من 943 إلى 946 على الاستثناء عن قاعدة عدم قابلية الهبة للرجوع فيها.

الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقال حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة... ".

3- عدم قابلية الهبة للرجوع فيها إلا استثناء في حق الولدان:

إن الأصل في عقد الهبة في التشريع الجزائري عدم إمكانية الرجوع فيه، فعقد الهبة من العقود اللازمة في القانون الجزائري، فمتى صدر عقد الهبة من الواهب صحيحا مستوفيا لكامل شروطه تحصن ضد الرجوع فيه لمصلحة الموهوب له.

ويستفاد حكم عدم قابلية الهبة للرجوع فيها بمفهوم المخالفة لنص المادة 211 ق أ حيث أفردت هذه المادة للأبوين بحق الرجوع في الهبة التي عقدوها لأبنائهم حصريا فلا يجوز لغيرهما الرجوع في هبته بل اشترطت نفس المادة على الأبوين حالات يتعذر معها رجوعهما عن الهبة التي أمضوها لأولادهم، فجاء في نص هذه المادة ما يلي: " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له؛

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين؛

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته ".

فالمادة خولت الأبوين حق الرجوع في هبتهم لأبنائهم مهما كان سنهم وجنسهم ذكورا وإناثا إلا إذا كان القصد من الهبة أن يستخدمها الابن في زواجه وهو قصد نبيل مستمد من الشرع الحنيف امتثال لقوله صلى الله عليه وسلم: " يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة فليتزوج... "[1].

وقوله عليه السلام: " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم... "[2] ولأن الزواج تتكون به الخلية الأساسية في المجتمع حسب نص المادة 02 من قانون الأسرة[3] وبه تحفظ الأنساب[4] فيسلم بذلك المجتمع ويشق طريقه نحو التقدم والازدهار كانت هبة الوالدين لأبنائهم محصنة ضد الرجوع فيها.

---

(1) أخرجه البخاري حديث رقم 63 50 المجلد 9، ص 1004، ومسلم حديث رقم 1401 المجلد 2، ص 1020.

(2) أخرجه النسائي وقال الحكم صحيح الإسناد، أنظر عبد العظيم بن بدوي: مرجع سابق، ص 271.

(3) جاء في نص المادة 2 من قانون السرة " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة ".

(4) أنظر المادة 04 من قانون الأسرة.

الحالة الثانية التي تتحصن فيها هبة الأبوين ضد الرجوع هي هبة المال للابن قصد ضمان قرضه أو تسديد دينه فإذا كان الابن مدين جاز لوالديه قضاء دينه عليه لأنهما من مصلحتهم أن يوفي ابنهما دينه، وقد نصت المادة 258 من القانون المدني على " يصبح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 170... " فالوالدين لهم مصلحة ولو كانت معنوية في قضاء دين ولدهما كذلك لو قدم الوالدين مقابل لضمان قرض ابنهما أصبحا بمثابة الكفيل الضامن لهذا القرض لأنهما قد التزما بمحض إرادتهما المنفردة بضمان هذا الدين[1] وقد تكون هذه الهبة من أحد الوالدين أو من كلاهما وإذا كان للكفيل حق الرجوع على من كفل فإن الأبوين ليس لهم ذلك إذ كان المكفول ابنا لهم حسب نص المادة 211 ق أ.

أما ثالث حالة تتحصن فيها هبة الوالدين ضد الرجوع هي أن يتصرف الابن الموهوب في ما وهب له فإذا كان مالا صرفه أو أرض بناها أو دارا أعاد عبتها لغيره أو باعها تعذر على الوالد الذي وهبه أن يرجع على ابنه في هبته إما لتعذر المحل إذا كان قد باعه أو تصرف فيه ولتغير المحل إذا كان أدخل عليه ما غير طبيعته الأولى.

عدا هذه الحالات يحق للأبوين الرجوع في الهبة لأبنائهم وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي باعتصار الهبة، والهبة لغير الولد لا يجوز الرجوع فيها وقد أجمعت المذاهب الفقهية على عدم جوز الرجوع في الهبة لغير الأبناء[2] عدا الحنفية فقد أقروا للواهب الرجوع في هبته مطلقا إلا لمانع[3] فالهبة عندهم عقد غير لازم وسندهم في ذلك حديث أبن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: " الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها "[4] كما يذهب القانون المقارن إلى الاختلاف في شأن الرجوع في الهبة.

---

(1) جاء في نص المادة 644 مدني التالي " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يقي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " قران صورة هذا العقد وصورة الهبة المستترة.

(2) السيد سابق: فقد السنة، مرجع سابق، المجلد 3، ص 396.

(3) نظم بعضهم منع الرجوع في الهبة عند الأحناف في بيت شعري فقال:

ومانع من الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف (دمع خزقه)

فالدال لزيادة في الشيء الموهوب- والميم للموت- والعين للعوض- الخاء لخروج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له بالتصرف فيه- الزاي للزوجية- القاف للقرابة- الهاء للهلاك. أنظر وهبة الزحيلي: مرجع سابق، المجلد 5، ص 28.

(4) حديث ابن عمر رواه الحاكم وصححه، أنظر سبل السلام للصنعاني: مرجع سابق، المجلد 3، ص 180، وقد رد ابن القيم الجوزية على دليل الصناف هذا بقوله أن الواهب إذا كانت نيته قبل الهبة أن يعوض عليها ولم يعوض جاز له الرجوع فيها، أما لو كانت نيته بقصد التبرع وطلب الأجر لم يجوز له الرجوع فيها. أنظر أعلام الموقعين من رب العالمين نقلا عن فقه السنة، المجلد 3، ص 397.

فالأصل في القانون المصري جواز الرجوع في الهبة وجعل لذلك طريقين؛ إما بالتقاضي أو بالتراضي[1] كذلك فعل القانون السوري حيث نصت المادة 468 من قانونهم المدني على " يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك "[2] أما القانون الفرنسي فقد نص في المادة 894 من قانونه المدني على عدم جواز الرجوع في الهبة[3] إلا في أحوال نصت عليها المادة 955 من نفس القانون وهي حالة الجحود ويتحقق باعتداء الموهوب له على حياة الواهب أو إذا أساء معاملته أو أهانه أو قذفه قذفا خطيرا أو لامتناع عن إعطائه نفقة كما دلت المادة 943 أن الهبة بين الأزواج يجوز الرجوع فيها كذلك نصت المادة 960 على أن الواهب له الرجوع في هبة إذا ولد له مولود لم يكن موجودا عند إبرامه لتصرف الهبة[4].

المطلب الثاني

الشروط التي أوجبها القانون في انتقال الهبة إذا كان محلها عقارا

نتطرق في هذا المطلب إلى الشروط التي تطلبها القانون في انتقال العقار لأن حديثنا دائر على كون محل الهبة عقار فكيف يتم هذا الانتقال من الواهب للموهوب له؟

فنتعرض إلى توثيق الهبة العقارية ثم إلى تسجيلها ثم تعرض عملية شهر الهبة وأحكامها في فروع هذا المطلب.

الفرع الأول

توثيق الهبة العقارية

من المستقر عليه الأمر في القانون الجزائري أن أي تصرف وارد على عقار يجب صبه في قالب شكلي تحت طائلة بطلان هذا التصرف وتعتبر المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني عمدة في ذلك. ولما كانت الهبة العقارية محلها عقارا فيجب إثباتها على يد ضابط عمومي هو الموثق فيفرغ رضاء كل من الواهب والموهوب له في محرر رسمي وقد أكدت هذا الأمر المادة 206 من قانون الأسرة بنصها على وجوب مراعاة أحكام قانون التوثيق وهي تشير في ذلك إلى الرسمية المتطلبة في العقارات، فالهبة الواردة على عقار تتطلب من الواهب والموهوب له وجوب الحضور أمام موثق

---

(1) أحمد تقية: مرجع سابق، ص 261.

(2) المرجع السابق، نفس الصفحة.

(3) L'article 894 de droit civil française « la donation entre vifs est un acte par le quel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte »

(4) Voir. Jean Mazeaud : leçons de droit civil, précité P 648.

والتصريح أمامه بالإيجاب والقبول[1] حتى يُصدر عقدا بذلك وإذا كانت الهبة ستتم بواسطة وكيل كان على الموثق التثبت من مضمون الهبة وأن الوكيل لم يجاوز حدود وكالته الخاصة بعقد الهبة كما يتأكد من الشكل الواجب توافره في الهبة العقارية لأن الوكالة في مثل هذه الحال يفرض فيها القانون توافر شكل العمل القانوني محل الوكالة[2] حيث نصت المادة 572 من القانون المدني على " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ".

ويتضمن المحرر الرسمي الخاص بالهبة العقارية وجوبا جميع عناصر الهبة وشروطها وكل الالتزامات التي اشترطها الواهب على الموهوب له إن وجدت كما تذكر فيه وجوبا أصل ملكية العقار وطبيعته سواء دارا أو أرضا وكذلك حالة العقار وحدوده وكل ما يجلي العقار ويزيل عنه الغموض واللبس ويميزه عن غيره فقد نصت المادة 324 مكرر 4 على " يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعة وحالات ومضمون، وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية "[3].

كما يتعين على الموثق أن يحرر عقد الهبة بحضور شاهدين ويتعين وسم الهبة بالبطلان لو تخلف هذا الشرط حيث جاء في نص المادة 324 مكرر 3 المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المعدل للقانون المدني ما يلي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين ".

ونلاحظ أن هذه المادة خصصت العقود الاحتفائية فقط بوجوب حضور شاهدين وهذا معناه أن هناك عقود احتفائية وعقود غير احتفائية فما هي العقود الاحتفائية؟

هذا هو موضوع المؤاخذة على المشرع الجزائري وحتى واضعو التعديل الجديد للقانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 تنبه للاختلاف الحاصل بين نص المادة 324 مكرر 3 العربي

---

[1] أنظر المادة 29 من قانون التوثيق رقم 02/06، والمادة 62 من المرسوم رقم 63/76 الخاصة بالشرط الشخصي لأطراف العقد.

[2] لا يحتاج الولي إلى وكالة قانونية لأنه مخول من قبل القانون التصرف فيما ينفع من يتولى ويجب أن يكون تصرفه تصرف الرجل الحريص فله قبول الهبة نيابة عن ابنه القاصر أو الجنين ويأخذ نفس الحكم الوصي بنص المادة 95 قانون أسرة،وكذلك المقدم بنص المادة 100 من قانون الأسرة، غير أن الوصي والمقدم يعين من طرف القضاء.

[3] جاء في نص المادة 66 من المرسوم 63/76 ما يلي " كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار بعينه النوع والبلدية التي يقع فيها وتعيين القسم ورقم المخطط والمكان المذكور... ".

والفرنسي (ترجمته) حيث كان النص القديم العربي على النحو التالي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية بحضور شاهدين " في حين جاء في النص الفرنسي لنفس المادة ما يلي:

"Les actes solennels sont à peine de nullité reçus par l' officier public en présence de deux témoins instrumentaires ".

فالنص العربي القديم كما ترى يوجب شاهدين في جميع العقود الرسمية في حين النص الفرنسي لم يوجب حضور شاهدين إلا في العقود الاحتفائية وقد تم تدارك هذا الاختلاف بتوحيد النصين، حيث أصبح مضمون النص العربي كالتالي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين " ولكن لم يوضع تحديدا للعقود الاحتفائية مما يجعل المر مفتوح للتأويل في تحديد العقود الاحتفائية وعلى العكس من ذلك وضع المشرع الفرنسي تحديدا للعقود الاحتفائية في نص المادة 09 من قانون فانتوز Ventôse المعدل بالمرسوم المؤرخ في 1902/08/12[1] حيث حصرت هذه المادة العقود الاحتفائية في:

الهبة بين الأحياء والرجوع فيه- الوصية والرجوع فيها- الوكالات المرتبطة بتلك العقود- الإقرار ببنوة الولد الطبيعي- الترخيصات المتصلة بهذه العقود[2].

وإذا كانت المادة الأولى من القانون المدني قد أحالت على الشريعة الإسلامية ثم على العرف ثم على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة عند انعدام النص، ففي حالتنا هذه إذا رجعنا إلى الشريعة الإسلامية نجدها لم تفرق بين العقود وليس بها هذا التقسيم[3] عقد رسمي وعقد رسمي احتفائي إذا استقرأنا العرف لم نجد سوى عقد الزواج عقد احتفائي ومنه تبرز ضرورة تحديد العقود الاحتفائية التي عناها نص المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني سواء على سبيل الحصر أو على سبيل المثال.

---

[1] Voir Mazeaud : précité P 615.

[2] حذف المشرع الفرنسي شهادة الشهود من العقود باستثناء ثلاث حالات بموجب المادة 02 من قانون 1966/12/28 وهي: الوصايا والرجوع فيها- عقود الأشخاص الذين لا يحسنون الإمضاء ولا القراءة، أو عقود من بهم مانع قــاهر كمبثور اليدين. أنظر Mazeaud: مرجع سابق، ص 615.

[3] جاء في آية الرهن قوله تعالى: " واستشهدوا شاهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتين ممن ترضون من الشهداء... " يرى الإمام مالك رحمه الله أن الأمر في هذه الآية محمول على الندب والإرشاد وليس الوجوب لأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى ولم يشهد في حديث حزيمة المشهور الذي قال فيه من شهد له حزيمة كفاه. كذلك جاء في قوله تعالى: " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضا ليــؤذي الذي أؤتمن أمانته " فلما جاز أن يترك الرهن الذي هو بدل الشهادة جاز ترك الشهادة نقى عن جمعــة محمــود الزريفي: مرجع سابق، ص 65.

رغم قناعتنا أن شهادة الشهود لم يعد لها مبرر حاليا[1] بتطور وسائل الإثبات فيكفي العقد الرسمي حجية أنه محرر من قبل ضابط عمومي خولته السلطة العامة تحرير هذه العقود. حسب نص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني والمادة 03 من قانون التوثيق رقم 02/06.

فالهبة العقارية إذن توثق لعموم النصوص المقننة لانتقال العقار ولتصريح المادة 206 ق أ بذلك.

الفرع الثاني

تسجيل عقد الهبة

نصت المادة 10 من قانون التوثيق على " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإبداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا... ".

فهذه المادة صرحت بوجوب تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود من طرف الموثق الذي حررها كما نصت المادة 58 من قانون التسجيل على " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها وباستثناء الحالة المنصوص عليه في المقطع أعلاه العقود التالية:

العقود التي تتناول نقل الملكية أو حق الانتفاع للأموال العقارية والمحلات التجارية والزبائن أو التنازل عن إيجار أو عن الاستفادة بوعد بالإيجار يتضمن الكل أو البعض من العقار ".

ولما كان نص المادة 206 من قانون الأسرة قد بدأ بلفظة تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول فدل على أن الهبة عقد لأن الإيجاب والقبول يدلان على اتفاق والاتفاق هو العقد حسب نص المادة 54 من القانون المدني التي جاء فيها " العقد اتفاق... ".

ولما كانت الهبة عقدا في القانون الجزائري وكان العقد واجب التسجيل من طرف الموثق الذي حرره حسب النصوص المتقدمة كانت الهبة واجبة التسجيل فهي عقد يحرره موثق فينطبق عليها كل ما ينطبق على العقود التي يحررها الموثق.

وقد أكدت المادة 231 من قانون التسجيل وجوب تسجيل عقد الهبة فجاء فيها " إن رسوم تسجيل الهبات بين الأحياء تحصل حسب الحصص وتبعا للكيفيات المحددة بموجب المادتين 236 و238 من هذا القانون من أجل تحصيل رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة ومن أجل حساب

---

[1] جاء في كتاب أحكام القرآن لابن العربي، مرجع سابق، ج1، ص 259، ما يلي: والظاهر الصحيح أن الإشهار ليس واجبا وإنما الأمر به أمر إرشاد للتوثيق والمصلحة.

التخفيضات المنصوص عليها في المادة 238 أدناه فتأخذ يعين الاعتبار في حالات الهبة والتركة التخفيضات والتنقيصات التي تمت على الهبات السابقة التي قبل بها نفس الشخص ".

فهذه المادة يستخلص منها الآتي:

1- أن الهبة تسجل[1].

2- وحدت رسوم التسجيل الخاص بعقد الهبة مع رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة.

3- يستفيد الموهوب له من تخفيضات عن رسوم التسجيل حسب ما نصت عليه المادة 238 مع الأخذ بعين الاعتبار لو كان الشخص موهوب له لثاني مرة منع من هذا التخفيض في المرة الثانية[2].

أولا- مكان تسجيل الهبة:

القاعدة في مكان تسجيل العقود التوثيقية هي مكتب التسجيل الواقع في دائرة اختصاصه مكتب الموثق الذي حرر العقد وهذا ما دلت عليه المادة 75 من قانون التسجيل وبتطبيق هذه القاعدة تسجل الهبة في مكتب التسجيل التابع له مكتب الموثق الذي حرر عقد الهبة.

وإذا كانت الهبة قد أبرمت في الخارج فغن تسجيلها يجوز أن يتم في جميع مصالح التسجيل داخل الوطن دون تمييز، وهذا ما نصت عليه المادة 78 من قانون التسجيل التي جاء فيها " يمكن تسجيل العقود المبرمة في الخارج في جميع مصالح التسجيل بدون تمييز " علما أن الهبة يسري عليها قانون جنسية الواهب حسب الفقرة الثانية من نص المادة 16 من القانون المدني "... ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها ". إلا أن الهبة لو كان محلها عقارا خضعت لقانون الدولة المتواجد بها العقار حسب نص المادة 17 ق م وهذا يعني خضوع الهبة من حيث أحكامها لقانون الواهب، أما من حيث موضوعها إذا كان عقارا تخضع لقانون الدولة المتواجد به العقار.

ثانيا- آجال تسجيل عقد الهبة:

---

(1) ذهبت المادة 234 من قانون التسجيل إلى وجوب دفع رسوم التسجيل حتى الهبة اليدوية لو صرح الموهوب له بها أو ممثليه أو تم الاعتراف بها أمام القضاء.

(2) جاء في نص المادة 235 من قانون التسجيل " إن الاستفادة من أحكام المادة 238 (المقطع الأول) أدناه مشروطة فيما يخص الهبة بتقديم شهادة حياة معفاة من الطابع وإجراءات التسجيل بالنسبة لكل ولد حي للواهب أو الموهوب لهم وممثلي المتوفين منهم... " وقد نصت المادة 238 على " يحدد معدل التخفيض من الضريبة المستحقة الــذي يستفيد منه كل وارث بقدر 5% عن كل ولد في عهدته أيا كان عدد أولاده ".

يحكم عقد الهبة في آجال تسجيلها ما يحكم العقود عامة حيث نصت المادة 58 من قانون التسجيل على ذلك فجاء فيها " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه ".

وتتعلق المادة 64 بأجل تسجيل الوصية حيث يمدد أجل تسجيلها إلى ثلاثة أشهر من وفاة الموصي، فالمادة 58 وحدت آجال تسجيل العقود التي يحررها موثق وجعلت المدة الممنوحة لذلك هي شهر واحد من تاريخ إصدارها وتحريرها من طرف الموثق.

كذلك الهبة تسجل وجوب في مدة لا تزيد عن شهر واحد ابتداء من تاريخ تحريرها وإمضائها من طرف الواهب والموهوب له والشهود وختمها بختم الموثق تحت طائلة عقوبة الموثق ماليا[1].

الفرع الثالث

شهر عقد الهبة العقارية

إن الإجراءات القانونية السابقة كلها من توثيق وتسجيل وحتى الأركان من رضا وأهلية ومحل وسبب وغيرهم لا أثر لهم في انتقال ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له ولو كانت كلها صحيحة ما لم يشهر عقد الهبة العقارية لأن الشهر وحده هو الناقل للأثر العيني[2] وهو الذي يحقق انتقال ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له فقد جاء في نص المادة 793 من القانون المدني ما يلي: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ".

فالمادة صرحت بلفظة المتعاقدين فالأمر متعلق بالعقود، والهبة كما سبق البيان عقد.

لذلك لا تنتقل فيها ملكية العقار إلا بالشهر، وهو ما دلت عليه كذلك المادتان 15 و16 من الأمر 74/75 حيث جاء في المادة 15 ما يلي: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية... ". كما نصت المادة 16 على " إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ".

فحسب هذين النصين تكون الهبة غير المشهرة كأنها غير موجودة وتبقى ملكية العقار الموهوب على ذمة الواهب ولورثته من بعده ولا تنتقل للموهوب له ولا يكون له عليها أي حق وقد

---

[1] أنظر المادة 93 من الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل.

[2] أنظر المادتين 15 و16 من الأمر رقم 74/75.

أكدت هذا المادة 206 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية بنصها على: "... ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات... وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " فمراعاة أحكام التوثيق تستدعي إجراء الشهر ما تعلق الأمر بالعقارات، فالشهر من أحكام التوثيق وقد دلعت المادة 10 من قانون التوثيق على ذلك. كما نصت المادة 90 من المرسوم 63/76 على " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة ".

فهذا النص صريح في أنه يستوجب على الموثق شهر جميع العقود المحررة من قبله، فالشهر يقع على عاتق الموثق الذي حرر العقد[1] ويجب عليه احترام الآجال.

أولا- آجال شهر عقد الهبة:

نصت المادة 99 من المرسوم 63/76 على آجال شهر العقود حيث جاء في فقرتها الرابعة ما يلي: "... بالنسبة للعقود الأخرى شهران من يوم تاريخها " غير أن هذه المادة تم تعديلها بموجب قانون المالية لسنة 2004 حيث نصت المادة 353 منه في فقرتها الرابعة في باب رسم الإشهار العقاري على ما يلي: "... تحدد آجال إتمام الإجراء كما يلي

1- بالنسبة لشهادات نقل الملكية بعد الوفاة ثلاثة أشهر (3) ابتداء من تاريخ تحرير العقد يمدد هذا الأجل إلى خمسة (5) أشهر إذا كان أحدا المعنيين مقيما في الخارج يكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة.

2- بالنسبة للأحكام القضائية ثلاثة (3) أشهر من اليوم الذي أصبحت فيها نهائية.

3- بالنسبة للعقود الأخرى، والوثائق ثلاثة (3) أشهر من تاريخها... "

فآجال شهر العقود الممنوحة للموثقين التي يتعين عليهم شهر عقودهم خلالها هي ثلاثة (3) أشهر ولما كانت الهبة عقدا فهي تشهر في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تحرير عقدها من طرف الموثق أما عقد الهبة الذي يكون محله عقارات متعددة تخضع للشهر على مستوى أكثر من محافظة عقارية أو عقارا واحدا يقع بين منطقتي اختصاص لمحافظتين عقاريتين فإن الأجل يمدد بخمسة عشر يوما (15) بالنسبة لكل محافظة عقارية ويؤدي عدم احترام هذه الآجال إلى وقوع الموثق تحت طائلة العقوبة

---

[1] إن الالتزام الواقع على عاتق الموثق بشهر العقود التي حررها هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببدل عنايـــة، لذلك جاز للأطراف الرجوع عليه في حالة إخلاله بهذا الالتزام فلو تضرر أحد أطراف العقد بعدم شهره جاز له الرجوع على الموثق لإخلاله بالتزاماته (جزاء مدين) بالإضافة إلى الجزء الأدبي الذي قد يوقع عليه من الغرفة الوطنية أو الجهوية للموثقين.

المالية، كما يجب على الموثق مراعاة الاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية حيث يتعين عليه إيداع العقد للشهر لدى المحافظة العقارية المختصة وهي الواقع العقار المعني في دائرة اختصاصها[(1)(2)].

المطلب الثالث

تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وأثره على انتقال الهبة العقارية

لقد بينا في المطلب الفارط ضرورة ووجوب إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر بالنسبة لعقد الهبة العقارية ونعرض فيما يلي إلى جزاءات وآثار تخلف هذه الإجراءات وما يترتب على عدم مراعاتها.

الفرع الأول

تخلف التوثيق وآثاره في عقد الهبة العقارية

إن عقد الهبة من العقود الشكلية إذا كان محله عقارا وهذا يعني أن الشكلية وهي إفراغ التصرف في قالب رسمي أو عقد رسمي يحرره الموثق تكون ركنا في عقد الهبة العقارية وتخلفه يؤدي إلى بطلان الهبة بطلانا مطلقا وهذا ما دلت عليه المادة 206 من قانون الأسرة بنصها على: "... ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ".

فالفقرة الأخيرة من هذه المادة دلت على بطلان الهبة إذا كان محلها عقار لو تخلف قيد (مراعاة أحكام قانون التوثيق) وهي تشير إلى نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني التي نقلت نص المادة 12 من قانون التوثيق القديم رقم 70/91 الملغى والتي جاء فيها " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية... ".

إذن فكل عقد وارد على عقار مآله البطلان ما لم يوثق كذلك الهبة العقارية يوجب المشرع إفراغه في شكل رسمي يحرره الموثق، فإعطاء الصبغة الرسمية لعقد الهبة له أثر بالنسبة لانتقال ملكية

---

(1) لا توجد على مستوى ولاية قسنطينة سوى 4 محافظات عقارية بل مكاتب تابعة لمحافظة قسنطينة وهي: قسنطينة، الخروب، حامة بوزيان، زيغود يوسف.

(2) يؤخذ بالاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية الواقع العقار في اختصاصها في إجراءات الشهر لأن نص المادة 04 من المرسوم 63/76 جاء فيها " تقسم المحافظة العقارية إلى مكاتب محافظة في كل بلدية... " فدل ذلك على الشهر يجب أن يكون في المحافظة العقارية الواقع العقار في بلديتنا أو ضمن اختصاصها الإقليمي.

العقار من الواهب إلى الموهوب له حيث جاء في المادة 61 من المرسوم 63/76 ما يلي: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي "[1].

فالمادة تشترط أن يكون المحرر المقدم للإشهار في المحافظة العقارية في شكل رسمي ولأن الشهر هو من ينقل الملكية تجلى دور التوثيق في انتقال الملكية، لأن تخلفه يؤدي إلى عدم قبول الشهر ورفض الإيداع.

كذلك يشترط في الموثق المُبرم والمحرر لعقد الهبة والعقود بصفة عامة شروط نص عليها قانون مهنة التوثيق رقم 02/06 لا يجوز مخالفتها منها نص المادة 19 التي لا تجوز أن يكون الموثق المحرر للعقد طرفا فيه أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت.

كذلك نص قانون التوثيق على شروط معينة وأشكال يجب توافرها في العقد (عقد الهبة) تحت طائلة البطلان منها ما نصت عليه المادة 26 من وجوب تحرر العقود باللغة العربية وكتابة السنة والشهر ويوم التوقيع بالحروف...إلخ[2].

كما نصت المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني على " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين ".

وقد سبقت الإشارة إلى أن عقد الهبة هو عقد احتفائي في التشريع الجزائري لأجل ذلك يقع عقد الهبة العقارية باطلا ما لم يحرر بحضور شاهدي عدل على أن تتوفر فيهم شروط الشهادة من بلوغ وعقل وعدالة مع مراعاة ما جاء في نص المادة 20[3] من قانون التوثيق في شأن شهادة أقراب الموثق في العقود التي يحررها وأنها غير جائزة.

---

[1] جاء في القرار رقم 656 103 المؤرخ في 1994/11/05 الصادر بنشرة القضاء في عددها 51 سنة 1997 ما يلي " يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر في شكل رسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان وتنص المادة 206 من قانون الأسرة، أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة قانون التوثيق بالنسبة للعقارات لذا فغن الهبة تعتبر باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية ".

[2] أنظر الصفحة من هذه المذكرة.

[3] نصت المادة 20 من قانون التوثيق على " لا يجوز لأقارب أو أصهار الموثق المذكورين في المادة السابقة* وكذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته أو يكونوا شهودا في العقود التي يحررها... ".

[*] جاء في المادة السابقة (19):

أ- أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة.

ب- أحد أقاربه أو أصهاره تجمعه به قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم والأخ وابن الأخت.

الفرع الثاني

تخلف تسجيل عقد الهبة

إن عدم تسجيل عقد الهبة يفقده إجراء شكليا مهما فضلا عن العقوبة المالية التي نص عليها مضمون المادة 93 من قانون التسجيل في حق الموثق حيث يتعين حسب هذه المادة على الموثق الذي لم يسجل عقوده في الآجال المقررة أن يدفع غرامة عن كل مخالفة تأخير حسب النسب التالية:

إذا كان التأخير في التسجيل يتراوح ما بين يوم واحد وثلاثين يوما تكون نسبة الغرامة المالية 10% من قيمة التسجيل إلزام مالي تقدر نسبته بـــ 3% عن كل شهر أو جزء من شهر إذا كان الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير دون أن يتعدى مجموع الالتزام المالي والغرامة الجبائية مستوى 25%.

فالمادة تعرض حالتين: الحالة الأولى أن يتأخر التسجيل بعد المدة الممنوحة فترة تتراوح من يوم إلى 31 يوم وهذا معناه أن يدفع عن كل شهر مضى بعد المدة الممنوحة دون تسجيل غرامة قدرها 10% فلو دام التأخر 4 أشهر بعد المدة الممنوحة وهي 3 أشهر بحيث سجل في الشهر السابع أو الثامن من إصدار العقد تكون نسبة الغرامة 10 × 4 = 40% من قيمة التسجيل في هذه الحال يرجع المبلغ إلى نسبة 25%.

الحالة الثانية هي تسجيل العقد بعد اليوم الأخير في المدة الممنوحة أي بعد 3 أشهر بحيث يكون التسجيل في اليوم 91 إذا كانت الشهور ذات 30 يوم، فالغرامة المالية في مثل هذه الحال هي 3% عن كل شهر أو جزء من شهر، فالمدة الممنوحة هي 3 أشهر + 15 يوما في حالة تسجيل العقود في أكثر من محافظة عقارية فتكون النسبة كالتالي 3 × 3 فتكون نسبة الغرامة في حالة تسجيل العقد بعد اليوم الأخير 9% ولو كان العقد يستوجب التسجيل في أكثر من محافظة عقارية فإن مدة 15 يوم الممنوحة تحسب كشهر فتكون النسبة 4 × 3 = 12%.

بالإضافة إلى تعرض الموثق إلى العقوبة التأدبية من طرف الغرفة الجهوية أو الوطنية للموثقين وهذا ما دلت عليه المادة 93 من قانون التسجيل في فقرتها الثالثة حيث جاء فيها "... غير أن الموثقين... الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة يتعرضون لعقوبة تأديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها... ".

كما تشير إلى أنه قد يفهم من بعض القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا أن عدم تسجيل العقد يحوله إلى مجرد عقد لفيف حيث جاء في القرار القضائي رقم 840 113 المؤرخ في 1994/02/07 الصادر عن المحكمة العليا ما يلي: " حيث أن العقد المؤرخ في 1985/10/13 ليس

عقدا رسميا رغم تحريره بواسطة موثق لأنه اكتفى بقيد اتفاق الأطراف فقط ولم يتم تسجيله أو شهره وليس له رقما تسلسليا ولا يحمل رقم الفهرس "[1].

الفرع الثالث

تخلف الشهر عن عقد هبة العقار

باعتبار عقد الهبة العقارية من التصرفات الناقلة للملكية العقارية وحتى ينشئ الحق العيني وينقله لفائدة الموهوب له ينبغي نشره في مجموع البطاقات العقارية حسب ما تقضي به المادة 15 و16 من الأمر 74/75 ويترتب عن عدم إشهار عقد الهبة العقارية بقاء العقار الموهوب في ملك الواهب وعدم انتقاله إلى ملكية الموهوب له، وهذا يعني أن التصرف الذي قام به الواهب والموهوب له من توثيق وتسجيل يعتبر غير موجود لتخلف الشهر وهذا ما نصت عليه المادة 793 ق م بقولها: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ".

كما أن الموهوب ملزم بتقديم ما يثبت ملكيته للعقار الموهوب له ولن يكون له ذلك ما لم يشهر عقد الهبة حيث جاء في نص المادة 29 من القانون 25/90 الخاص بالتوجيه العقاري ما يلي: " يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري ".

إذن فالجزاء المترتب عن عدم شهر عقد الهبة العقارية هو اعتبارها كأن لم تكن فيبقى العقار الموهوب على ملك الواهب وهو لورثته من بعده، وهذا ما تبناه القضاء في القرارات الصادرة عنه فقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا برقم 467 68 المؤرخ في 1990/01/21[2] ما يلي: "... حيث أن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني ".

كما جاء القرار رقم 443 186 المؤرخ في 2000/02/14[3] عن مجلس الدولة ما يلي: "... حيث أن إجراءات الإشهار العقاري تعتبر إجراءات من النظام العام وأن تسري شرعية العقود التوثيقية ابتداء من يوم إشهارها في المحافظة العقارية ".

---

[1] المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 02، ص 158.

[2] المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 01، ص 86.

[3] قرار غير منشور، أنظر حمدي باشا عمر: القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 314.

المبحث الثاني

انتقال الملكية العقارية بالصداق والخُلع

نظرا لكون الصداق والخلع قد يكون العقار بدلا عنهما[1] حيث نصت المادة 14 من قانون الأسرة على " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ".

حيث تدل لفظة أو غيرها على إمكانية أن يكون الصداق عبارة عن عقار (دارا أو أرضا) كذلك نصت المادة 54 من نفس القانون على " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي... ".

فلفظة مال تفيد النقود أو ما يتقوم بالمال كالعقار وغيره[2] ولأن الصداق تنتقل به ملكية الشيء محل الصداق إلى الزوجة وكذلك الخلع تنقل به ملكية الشيء محل الخلع إلى الزوج فإذا افترضنا أن محل كليهما عقارا فإن الصداق والخلع يكونان بذلك سببين من أسباب انتقال الملكية العقارية فأردنا التطرق لهما في هذا المبحث بتعرفهما وذكر أحكامها وبيان كيف يكونان سبب لانتقال الملكية العقارية والشروط القانونية المتطلبة في ذلك.

المطلب الأول

ماهية الصداق والخُلع وأحكامهما

الفرع الأول

ماهية الصداق وأحكامه

أولا - التعريف بالصداق:

الصداق مأخوذ من الصداق لأنه يقدم للمرأة كدليل على صدق رغبة الزواج بها وله ثمانية أسماء هي: الصداق - المهر - النحلة - الفريضة - الحباء - الأجر - العقر - العلائق.

جمعت في قول أحدهم: صداق ومهر ونحلة وفريضة حباء وأجرتم عقر علائق[3]

---

[1] صح عن البخاري أن ثابت بن قيس بن شماس خلعته زوجته على حديقة (والحديقة عقار) صحيح البخاري المجلد 9، ص 395. الحديث رقم 5276.

[2] جاء في سورة البقرة الآية 229 قوله تعالى: "... فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " فعموم قوله تعالى: " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " دليل على جواز أن تفتدي نفسها وتخلعها بأي شيء مشروع وقد يكون ما افتدت به نفسها عقار. أنظر السيد سابق: فقد السنة، مرجع سابق، المجلد 2، ص 254.

[3] محمد إسماعيل الصنعاني: سبل السلام، مرجع سابق، المجلد 2، ص 282.

كما عرف بعضهم المهر بأنه اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا[1]. أو هو المال الذي يجب للمرأة على الرجل في مقابل ملكه الاستمتاع بها بسبب عقد الزواج[2] وعرفه القانون الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة بالتالي: " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ".

ونناقش التعريف الجزائري بتسجيل الملاحظات التالية:

1- جاء في تعريف القانون الجزائري لفظة نحلة وفيها معنى التبرع[3] وهذا يعني أن المشرع الجزائري يعتبر الصداق هدية واجبة الأداء وليس مقابل يدفع للمرأة عوض عن الاستمتاع بها لأن الاستمتاع حاصل للرجل والمرأة بالزواج، كما أن النبي صلى الله عليه وسلم كثيرا ما يحث على تقليل المهر ومنه قوله صلى الله عليه وسلم (من يمن المرأة تسهيل أمرها وقلة صداقها)[4] فلو كان المهر يدفع مقابل الاستمتاع لكان مكافئ ومساويا للمتعة الحاصلة ويجوز للرجل سحب ما لم يستهلك منه[5] بعد الطلاق وهذا غير مستساغ شرعا لقوله عز وجل (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا)[6] فالآية تحرم أخذ ما قدم للمرأة كصداق بعد الطلاق ما لم تطب بذلك نفسا.

2- يؤاخذ على تعريف القانون الجزائري عدم ذكره للجهة التي يستوجب عليها دفع المهر وهو الزوج الرجل عكس التعريفات التي ذكرنا فقد صرحت بلفظة الرجل.

3- ذكر المشرع الجزائري لفظة الزوجة في قوله الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة وكان عليه أن يستبدل لفظة الزوجة بالمرأة لأنها لم تصبح بعد زوجة فالصداق في القانون الجزائري ركن ولا يتم الشيء إلا بأركانه والزواج لم يتم بعد بل نحن بصدد جمع أركانه من رضا وولي وشهود وصداق لأجل ذلك كان عليه الإتيان بلفظة المرأة بدلا عن الزوجة هذا من حيث الدقة القانونية وإلا فإنه يجوز ذلك باعتبار ما سيكون (فالمرأة ستصبح زوجة) وهذا ما

---

(1) بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، دار النهضة، لبنان، 1967، ص 181.

(2) المرجع السابق، ص 182.

(3) جاء في مختار الصحاح، نحله نحلا أي أعطا، والنحلى العطية، بوزن الحبلى محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي مختار الصحاح، مكتبة لبنان، إخراج دار المعاجم، 1985، ص 271.

(4) رواه أبو داود.

(5) أنظر فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 83.

(6) الآية 20 من سورة النساء.

أغنى المشرع عن ذكر سبب دفع المهر وذكره في نص المادة 16 من قانون الأسرة بقوله: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول ".

ونعتقد أن أحسن تعريف للصداق هو " الصداق هو ما يستوجب على الرجل دفعه للمرأة بمناسبة عقد زواجهما أو بالدخول بها من كل ما هو مباح شرعا ".

ثانيا - أحكام الصداق:

1- أول ما يستوجب ذكره في أحكام الصداق أن المشرع الجزائري عده ركنا في عقد الزواج عكس ما ذهب إليه معظم المذاهب الفقهية التي اعتبرته حكما من أحكام الزواج أو آثار من آثاره[1] حيث وافق المشرع الجزائري المشهور من المذهب المالكي[2].

فنصت المادة 09 مكرر من قانون السرة على " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية أهلية الزواج- الصداق- الولي- شاهدان- انعدام الموانع الشرعية للزواج ".

إلا أن المشرع الجزائري لم يثبت على ركنية الصداق في عقد الزواج وساير قول الجمهور بعدم ركنية الصداق في عقد الزواج مرة أخرى حيث نصت المادة 33 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية على "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل " ومن المعروف أن البطلان يتقرر لعدم توافر أركان العقد وشروط صحته بينما الفسخ يتقرر عندما يكون العقد مستوفيا لجميع أركانه وشروط صحته لكن يحجم أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه الناشئ في ذمته، ولما قرر المشرع الفسخ في حق العقد الذي تخلف فيه الصداق دل على أنه ليس بركن وفي هذا يقول الأستاذ محمد حدة [... فالمشرع بداءة تشدد لما رآه من سلوك الناس من قلة الوازع وازدياد التحايل فأعطى المهر صفة الركنية، وراعه منظر فك الأسرة وتشرد الأولاد وتحطيم ما سعى الزوجان سنين طوال لتحقيقه، مع وجود القائلين بصحته والاستمرار عليه فاقره وأبقاه][3][4].

وهذا يجعلنا نقول أن الصداق ركن في عقد الزواج ذو طبيعة خاصة حيث يفرض ابتداء ولا يؤثر تخلفه انتهاء جلبا للمصلحة ودرءا للمفسدة.

---

[1] بدران أبو العينين بدران: مرجع سابق، ص 183.

[2] محمد محدة: الأحكام الأساسية للأحوال الشخصية، دار الشهاب، باتنة، د.ت، ص 83.

[3] يقصد الزواج المفتقد لركنية الصداق

[4] محمد محدة: الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 84.

2- أن الصداق حق للمرأة يدفعه الرجل لها بلا عوض ولا سحب بعد الفراق حيث جاء في المادة 14 ق أ "... وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء " فمتى تم عقد الزواج صحيحا يكون المهر حق خالص للزوجة لا يشاركها أحد من أقاربها فيه ولا غيرهم.

3- وسبب وجوب المهر واستحقاق المرأة له أمران هما العقد والدخول وقد فصلت المادة 16 ذلك فجاء فيها " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول ".

والمادة تعرض ثلاث حالات للصداق هي:

أ- الدخول بالزوجة وتستحق معه الصداق كاملا ما كان مسمى وفي حالة عدم تسميته تستحق صداق المثل وهذا ما عنته الفقرة الثانية من المادة 15 ق أ بنصها على " وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل ".

ب-وفاة الزوج إذا توفى الرجل الذي عقد على المرأة وسمي لها صداقا وكانت وفاته قبل الدخول بها استحقت هذه المرأة المعقود عليها الصداق كاملا وفي حالة عدم تسميته تستحق صداق المثل.

ج- الحالة الثالثة هي أن يعقد الرجل على المرأة ويسمى لها صداق ثم يطلقها قبل الدخول فتستحق المرأة المعقود عليها نصف الصداق وإذا لم يسمى لها صداقا استحقت نصف صداق المثل[1]. ونشير إلى أن المادة 15 من قانون الأسرة ذكرت أن الصداق يحدد في العقد لكنها لم تعزم على ذلك وافترضت في فقرتها الثانية استحقاق الزوجة لصداق المثل ما لم يحدد في العقد فجاء فيها " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل ".

إذن فالمرأة تستحق الصداق كاملا بالدخول أو بموت الزوج قبل الدخول وتستحق نصفه لو طلقت قبل الدخول.

ونلاحظ أن المادة ذكرت موت الزوج وأنه تستحق مع الزوجة غير المدخول بها الصداق كاملا ولم تتعرض لحكم موت الزوجة قبل الدخول هل تستحق الصداق ويعود على ورثتها آمالا ونعتقد أن الزوجة المعقود عليها والتي ماتت قبل الدخول بها تستحق الصداق كاملا لأن حقها فيه قائم بالعقد وليس لها يد في عدم إتمام الزواج بالدخول؟ فتستحق المهر كاملا قياسا على نص المادة 130 من

---

[1] صداق المثل يتحدد بالقيمة التي تزوجت بها امرأة أخرى من أهلها فتقاس بصداق أختها أو ابنة عمها أو صداق من تماثلها، وتدخل فيه اعتبارات ذاتية في المرأة كالجمال، والصحة والثقافة والمركز الاجتماعي، والبكارة والدين... أنظر فضيل سعد: مرجع سابق، ص 68.

قانون الأسرة التي جاء فيها " يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء " كذلك تستحق الزوجة الصداق ولو لم يحدث بناء مهما كان سبب عدم وقوع البناء ولو كان الموت.

كما جاء في نص المادة 132 ق أ ما يلي: " إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث " فحق الزوجة في إرث زوجها قائم بنص هذه المادة سواء مات هو أو ماتت هي رغم طلاقها منه واقعيا ولم يصدر حكم بذلك وحتى الموت في عدة الطلاق تستحق معه الزوجة الإرث سواء ماتت هي أو مات الزوج حيث يقسم إرثها على ورثتها كذلك الصداق نعتقد أنه مستحق للمرأة حتى لو ماتت قبل الدخول لأنه حق لها فيقسم على ورثتها ومن بينهم الزوج فيحتفظ بحقه ونصيبه من الصداق ثم يدفع الباقي لورثة المرأة التي عقد عليها[1].

4- نصت المادة 34 من قانون الأسرة على " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء ".

فالمادة دالة على أن الزواج بإحدى المحرمات مآله الفسخ سواء قبل الدخول أو بعده، وقد ذكرت المادة 25 و26 إلى 30 من قانون الأسرة المحرمات من النساء فإذا وقع زواج بإحداهن فسخ هذا العقد قبل الدخول ولا شيء فيه أما لو تم الدخول يجب فيه الاستبراء وهو تبين أن المرأة غير حامل من هذا الدخول حسب نص المادة 58 من قانون الأسرة حيث يستوجب عليها العدة ثلاث قروء، وتستحق فيه المرأة الصداق كاملا بنص المادة 16 ق أ لأنه تم الدخول بها والدخول حسب هذه المادة يوجب الصداق كاملا للمرأة[2] أما الوطء بشبهة وصورته أن يقع الرجل على المرأة معتقدا أنها زوجته ثم يظهر له أنها أجنبية عنه فيوجب لها مهر المثل ويسقط عنه الحد لأنه خطأ مادي رغم انعدام العقد ووجوب مهر المثل في الوطء بشبهة شرع سدا لأبواب الزنا حتى لا يتعمد الناس ذلك ثم تكون حجتهم بالخطأ فمهر المثل يردعهم عن ذلك ولعدم تبين نياتهم أسقط الحد وأثبت مهر المثل سدا لذريعة الزنا[3].

5- دلت المادة 15 من قانون الأسرة على أن المهر يحدد في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا والفقه متفق على أنه ليس للمهر حد فلم يرد في الكتاب الكريم ولا في السنة نص يقدر ويحدد الصداق بل ترك ذلك لعرف الناس وعادتهم[4] وتشير أن القصة التي وردت في الكثير من الكتب عن عمر بن الخطاب مع المرأة التي خطأته في تحديده للمهر فقال أصابت امرأة وأخطأ عمر، فهذه القصة ضعيفة ولا أساس لها من الصحة ونص القصة التالي: روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى بعض

---

[1] بدران أبو العينين بدران: مرجع سابق، ص 206. كذلك محمد محدة: الأحكام الأساسية، مرجع سابق، ص 93.

[2] أنظر في ذلك، محمد محدة: مرجع سابق، ص 95.

[3] المرجع السابق، نفس الصفحة.

[4] السيد سابق: فقه السنة، المجلد 2، ص 135.

الناس يتغالون في المهور، فأراد أن يضع حدا أعلى لا يجاوزه أحد، ليكون الزواج سهل المؤونة، فلما هم بأن يدعو الناس إلى ذلك خطأته امرأة وقالت له: ليس لك ذلك يا أمير المؤمنين وتلت قوله تعالى: " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا " فسكت عمر بن الخطاب، وقال أخطأ عمر وأصابت امرأة! قال حجازي بن محمد بن شريف المشهور بأبو إسحاق الحويني وهو محدث: " أخرج هذا الحديث عبد الرزاق في المصنف والزبير بن بكار وسعيد بن منصور وأبو يعلى والبيهقي وقال منقطع " ولا يخلو إسناد عندهم من علة قادحة تدور بين الانقطاع والضعف الشديد! وقال فليث الأحاديث الصحيحة تحشر في أذهان الناس كما حشرت هذه الحكاية ولكن أنى يكون ذلك والذين تسودوا قمة المراكز العلمية لا يميزون بين الصحيح والضعيف[1]؟

والمادة 15 ق أ تتحدث عن التحديد الاتفاقي بين الرجل والمرأة أو بين أهلي الزوجين وإذا حُدِّد الصداق في عقد الزواج استحقته المرأة كما هو مذكور في العقد بعد تسميته فإذا لم يسمى المهر ودخل بها استحقت مهر المثل كذلك تتحدث المادة عن المهر المعجل والمهر المؤجل وهذا دليل على جواز تعجيله أو تأجيله بشرط أن يكون معلوما ومسمى فيجوز تخلف الصداق إلى ما بعد الدخول أو إلى وقت لاحق دون أن يزيد عن تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة فإذا كان الصداق مؤجلا حل أجله بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق[2] وللصداق من حيث تعجيله أو تأجيله ثلاث حالات هي:

أن يكون الصداق معجلا كله- أن يكون الصداق مؤجلا كله- أن يؤجل بعضه ويعجل بعضه الآخر.

6- دلت المادة 14 ق أ على ما يصلح أن يكون صداق بقولها "... من نقود أو غيرها... " ولفظة أو غيرها أدخلت كل مال متقوم وكل منفعة تقابل المال بشرط أن تكون مشروعة فيصلح أن يكون صداق النقد أو العقارات أو المنقولات أو المنافع[3] كحقوق السكن والانتفاع وغيرها بشرط أن تكون المنفعة يستحق في مقابلها مال أما المنفعة التي لا تقوم بالمال فلا يجوز أن تكون مهرا كمن تجعل مهرها شرط عدم الزواج عليها فرغم عدم الزواج عليها منفعة لها لكنها غير متقومة بالمال.

---

[1] أبو إسحاق الحويني: الانشراح في آداب النكاح، نشر دار الإمام مالك، ط1، الجزائر، 1997، ص 35.

[2] عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 134.

[3] كان مهر موسى عليه السلام على زوجته أن استأجره أبوها ثمانية حجج (8 سنين) للعمل عندهم جاء ذلك في قوله تعالى في سورة القصص الآية 26 وما بعدها "... قالت إحداهما يا أبتي استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين، قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجورني ثماني حجج...، قال ذلك بيني وبينك أيما الأجلين قضيت فلا عدوان علي والله على ما نقول وكيل " ولفظة يا أبتي استأجره دالة على رغبة ابنة شعيب في موسى زوج لها.

7- أحدثت المادة 17 ق أ عن حالات النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما مع انعدام البينة فإذا كان الصداق مستحق للمرأة قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين لغلبة حصول دفع المهر قبل الدخول.

ثالثا- شروط الصداق:

بعد توافر الشروط المتطلبة قانونا في الزوج والزوجة المستقبليين أو الرجل والمرأة المقبلان على الزوج وفق نصوص قانون الأسرة لاسيما المواد 7، 9، 10، 11 التي تشترط الرضا والسن (19) وغيرها من الشروط الواجب توافرها في الزوجين. نعرج على ذكر شروط الصداق حيث يشترط فيه التالي:

1- أن يكون شيئا متقوما أي له قيمة مالية ولو كانت يسيرة لقول النبي صلى الله عليه وسلم لأحد أصحابه وقد أراد أن ينكح المرأة التي وهبت نفسها للنبي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم فاطلب ولو خاتما من حديد[1] ويجب أن يكون الصداق شيئا ذو قيمة لأن حق الله تعالى متعلق به فضلا عن حق المرأة وقد قال سبحانه في سورة النساء الآية 04 " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا " فالصداق يشبه بالدعوى العمومية من حيث تعلق حق المجتمع بها ممثلا في النيابة العامة فضلا عن حق صاحبها[2] وحق الله تعالى في الصداق هو أقله أما ما زاد عنه فهو حق المرأة لذلك يذهب المالكية إلى عدم جواز إسقاط الصداق بالمرة لكن من حق المرأة أن تسقط ما زاد عن حق الله تعالى وهو الحد الأدنى له[3] واستدل المالكية في تحديد الحد الأدنى للصداق بقوله تعالى: (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات...)والطول هو المال ولا يقع اسم المال إلا على ثلاثة دراهم فما فوق فكان الحد الأدنى للصداق عندهم ثلاث دراهم قياسا على أن العضو عند السرقة لا يقطع في أقل من ثلاثة دراهم من الفضة أو ربع دينار من الذهب فكان هذا هو الحد الأدنى لما يستباح به البضع عند الزواج قياسا على استجابة العضو عند قطعه كعقاب على السرقة[4] لكن نقول إن هذا قياس مع الفارق لأن السارق معتدي والزوج استحل وطء زوجته بكتاب الله ورضا

---

[1] الحديث متفق عليه وهو بكامله في صحيح البخاري برقم 5153، المجلد9، ص 221.
وفي صحيح مسلم برقم 1428، المجلد 2، ص 1042.

[2] أنظر نظير فرج مينا: الموجز في الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، الجزائر ص 11.

[3] محمد محدة: الأحكام الأساسية، مرجع سابق، ص 86.

[4] المرجع السابق، ص 87.

الطرفين[1] والحاصل أن الحد الأدنى للصداق مختلف فيه وجودا وعدما أما الحد الأعلى فالاتفاق قائم على عدم تحديده وقيمية الصداق لا تمنع أن يكون شيئا غير النقود كالعقارات والدور والمنافع كحق السكن وحق الانتفاع وغيره... .

2ـ أن يكون الصداق شيء مشروع ومباح فقد نصت المادة 14 من قانون الأسرة على وجوب أن يكون الصداق مباح شرعا وهذا يعني أن غير المباح شرعا لا يجوز أن يكون مهرا كالخمر ولحم الخنزير والميتة عدا إيهابها (جلدها) ما دبغ، كذلك المغصوب لا يجوز أن يكون محلا للصداق فإذا كان العقار مغصوب لما يجز كصداق ونفرق بين علم المرأة به وعدم علمه به فإن كانت الزوجة لا تعلم بالغصب صح وإن تتبع المالك الحقيقي للشيء المغصوب واستوفاه من الزوجة ترجع على الزوج بقيمته.

وجاء في نص المادة 93 من القانون المدني ما يلي: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ".

ويستنتج من هذا عدم جواز أن يكون محل الصداق دارا تدار للقمار أو لاحتراف البغي بحيث يكون محل الصداق عائدا (ريع) هذه الدور المخالفة للنظام العام والآداب العامة. وننوه أنه يجوز أن يكون محل الصداق شيئا مستقبليا لنص المادة 15 ق أ حيث جوزت الصداق المستقبلي (المؤجل).

الفرع الثاني

ماهية الخُلع وأحكامه

أولا- التعريف بالخُلع:

عند اشتداد الخلاف بين الزوجين ولم يكن في الوسع التوفيق بينهما فإن الرجل بيده الطلاق للتخلص من هذه الوضعية ولعدالته سبحانه جعل للمرأة مقابل ما بيد الرجل فأعطاها حق الخلع. والخلع لفظة مأخوذة من خلع الثوب إذا أزاله لأن المرأة والرجل بالزواج يكون أحدهما للآخر لباسا مصداقا لقوله تعالى في سورة البقرة الآية 187 " هن لباس لكم وأنتم لباس لهن " وعرفه الفقهاء أنه: فراق الرجل زوجته ببدل يأخذه منها[2] وعرفه الأحناف بقولهم: " الخلع هو إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو

---

[1] أنظر المادة 9 مكرر من قانون الأسرة ولحديث عائشة رضي الله عنها (أنه دخلت فتاة فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة قالت اجلسي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء من الأمر شيء) أنظر عبد العظيم بن بدوي: مرجع سابق، ص 273، والحديث رواه البخاري وابن ماجه والنسائي.

[2] عبد العظيم بن بدوي: مرجع سابق، ص 320. نفس التعريف السيد سابق: مرجع سابق، المجلد 2، ص 253.

بما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة "[1] وعرفه مراد شكري في المنخلة النونية ببيتين من الشعر فقال:

والخُلْعُ فَسْخٌ جَائِزُ بِمُسَبِّبٍ عن قِيمَةٍ للمَهْرِ أو نُقْصَانِ
تَعْتَدُّ فيهِ حَيْضَةً لا غيرَها فَخْذِ الصَّحِيحَ ودنَما شَنَآنِ[2]

وعرفه القانون الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

وذكر الخلع في القرآن الكريم في قوله تعالى: (فإن خفتم ألاّ يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به)[3] لذلك يسمى الخلع كذلك بالفداء أو الافتداء كما سمته الآية[4].

والملاحظ على المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري أنها لم تعرف الخلع بل ذكرت جوازه في حق المرأة ولو كره الزوج ذلك[5] كما بينت أنه يتم مقابل مالي كما عرضت الحل في حال الاختلاف على قيمة الخلع.

ولأن التعريفات ليست مهمة المشرع بل يترك ذلك للفقه فلا حرج من عدم التعريف ويؤاخذ المشرع الجزائري في هذه المادة على عدم ذكره سبب الخلع فرغم أنه لمّح له بلفظة " دون موافقة الزوج " التي يستشف منها وقوع الخلاف والتنافر بين الزوجين وكذلك لفظة " إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي " فإنه يستشف من هذين العبارتين وقوع الشقق بين الزوجين، لكن كان عليه أن يذكر سبب الخلع لأن هذا الأخير يختلف عن الطلاق ويختلف عن طلب التطليق، فالطلاق يكون بإرادة الزوج والتطليق يكون بإرادة الزوجة ما توافرت الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة ودون مقابل. أما الخلع فيتم بإرادة الزوجة لكن دون توفر أسباب المادة 53 لأجل ذلك شرع فيه المقابل المالي. ونعتقد أن المشرع الجزائري كان سيخرج من هذه الوضعية لو أشار إلى أحكام المادة 53 في

---

[1] فضيل سعد: مرجع سابق، ص 304.

[2] مراد شكري: المنخلة النونية في فقه الكتاب والسنة النبوية، دار الإمام مالك، ط1، الجزائر، 1998، ص 168.

[3] سورة البقرة، الآية 229.

[4] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، نشر دار المعارف، بيروت، د.ت، المجلد 9، ص 395.

[5] المادة قبل تعديلها بالقانون 09/05 لم تكن تتعرض لعدم موافقة الزوج ثم أدرج هذا الاحتمال في التعديل الجديد (عدم موافقة الزوج على الخلع) وأنه واقع رغم ذلك.

نص المادة 54 ق أ فلو كانت المادة 54 ق أ على النحو التالي لكانت أفضل " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ما لم تتوافر أحكام المادة 53 أعلاه وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

ثانيا - أحكام الخُلع:

لم يأتي القانون الجزائري بكبير بيان لموضوع الخلع عدا بعض الأحكام الجزئية كالاختلاف في تحديد مقابل الخلع وأنه غير قابل للاستئناف متى صدر الحكم القضائي به[1] فنتحول إلى أحكام الشريعة الإسلامية في الخلع وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

1- وأول ما تلاحظه في المادة 54 ق أ التي ذكرت الخلع أنها لم تخضعه لإرادة الطرفين الزوج والزوجة بل جعلت إرادة المرأة هي السيدة في وقوع الخلع[2] لأن المادة ذكرت عبارة "... دون موافقة الزوج وهذا يعني أن الزوجة إذا رغبت في الخلع والانخلاع من عصمة زوجها فما عليها إلى التوجه للقضاء وعرض مقابل الخلع ولا جدال في الحكم لها بالخلع بل المفاوضة تكون على مقابل الخلع الذي يرجع تحديده للقاضي إذا اختلف عليه ". وهذا ما يتبناه الشرع، وفي حديث ابن عباس التالي دليل ذلك فقد روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: " جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق، إلا أني أخاف الكفر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم فردت عليه وأمره ففارقها "[3].

وفي الحديث أن رسول الله لم يسألها عن سبب الانخلاع بل اكتفى بقولها (إلا أني أخاف الكفر)[4] ولا حاول الصلح بينهما بل فرق بينهما بعدما ردت له حديقته (مهره) مع التأكيد أن طلب الزوجة الطلاق أو الانخلاع من زوجها دون سبب فيه إثم كبير لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي يرويه عنه ثوبان رضي الله عنه: " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها

---

(1) المادة 57 قانون أسرة.

(2) كذا قال الشوكاني في نيل الأوطار، المجلد 3، ج، ص 249، لكن مادام الخلع واقع بإرادة المرأة فهو أدعى لأن يقع باتفاق الزوجين ويكون شبه عقد معاوضة رضائي وثنائي لمصلحة الزوجة. أنظر عبد العزيز سعد: مرجع سابق، ص 248.

(3) حديث صحيح رواه البخاري، المجلد 9، ص 395، الحديث رقم 5276 نقلا عن عبد العظيم بن بدوي: مرجع سابق، ص 320. وأنظر فقه السنة، المجلد 2، ص 253.

(4) ذهب السيد سابق إلى القول أنه كفران العشير أي هدم الزوج حقه، المرجع السابق، هامش ص 253. كذلك الشوكاني: المرجع السابق، ج3، ص 248.

رائحة الجنة "[1] إلا أنه قد يكون السبب خفي ولا تريد الزوجة إظهاره مراعاة لمشاعر الزوج كما هو حال زوجة ثابت بن قيس في الحديث السابق حيث ذهب المحققون إلى أن السبب دمامته[2] رضي الله عنه وهذا يدل على أن الخلع يقع عندما تكره المرأة زوجها ولا ترغب في مواصلة المشوار معه فتعوضه عن ذلك بمقابل مالي حتى لا تجتمع عليه خسارتان فقدان زوجته وذهب ما انفق في سبيل زواجه فيعوض في الثاني جبرا على فقده الأول. أما إذا كره الرجل زوجته ورغب عنها لسبب ما فعليه مفارقتها بمعروف كما دخل بمعروف ولا يجوز له التضييق عليها والإضرار بها حتى تفتدي نفسها منه بالانخلاع فقد قال الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وعاشروهن بالمعروف)[3].

2- الخلع فسخ وليس طلاق واختلف في ذلك فقهاء الشريعة؟ فذهب طائفة منهم أنه طلاق بائن وعمدتهم في ذلك الزيادة التي وردت عند البخاري " أقبل الحديقة وطلقها تطليقة " فاللفظ يضل عندهم على ظاهره واللفظ هنا دال على أنه طلاق[4].

وذهبت طائفة أخرى إلى أن الخلع ليس طلاقا بل فسخ للدلائل الآتية:

أ- إن عدة الخلع حيضة واحدة عكس الطلاق الذي تعتد فيه المرأة ثلاث حيضات لما رواه النسائي بإسناد صحيح عن الربيع بنت معوذ قال: " اختلعت من زوجي، ثم جئت عثمان فسألته: ماذا علي من العدة، فقال: لا عدة عليك، إلا أن تكوني حديثة عهد به فتمكثي حتى تحيضي حيضة... "[5].

ب- لا يشترط في الخلع أن يقع في طهارة لم يجامع فيها، كما يشترط في الطلاق بل يجوز الخلع في الطهارة والحيض ولا يتقيد وقوعه بوقت[6] ودليل ذلك أن الرسول صلى الله

---

[1] حديث صحيح رواه بن ماجة في سننه، ص 1682 وابن داود في سننه، المجلد 6، ص 308، الحديث رقم 2209 والترميذي، المجلد 1، ص 662.

[2] السيد سابق: مرجع سابق، نفس الصفحة.

[3] الآية 19 من سورة النساء.

[4] مراد شكري: مرجع سابق، ص 168.

[5] أنظر الشوكاني: نيل الأوطار، مرجع سابق، ص 246.

[6] السيد سابق: مرجع سابق، ص 257.

عليه وسلم أقر انخلاع امرأة ثابت بن قيس دون بحث ولا استقصاء عن حال الزوجة[1].

وقد قال بأن الخلع فسخ وليس طلاق عدد من الأئمة والفقهاء، منهم ابن عباس وأحمد بن حنبل والشافعي وابن القيم.

أما حجة ابن عباس ترجمان القرآن فهي قوله تعالى في سورة البقرة: (الطلاق مرتان) قم قال بعدها: (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ثم ذكر سبحانه الطلاق، فقال: (فغن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الخلع طلاقا لكان الطلاق أربعا كما هو حاصل في الآية[2].

أما ابن القيم رحمه الله فقد قال في زاد المعاد: " والذي يدل على أنه ليس بطلاق، أن الله سبحانه وتعالى رتب على الطلاق بعد الدخول الذي لم يستوفي عدده ثلاثة أحكام:

الحكم الأول: أن الزوج أحق بالرجعة فيه (أي في الطلاق الرجعي)

الحكم الثاني: أنه محسوب من الثلاث، فلا تحل بعد استيفاء العدد إلا بعد زوج وإصابة.

الحكم الثالث: أن العدة فيه ثلاثة قروء.

ثم قال وقد ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع وثبت بالسنة وأقوال الصحابة أن العدة في الخلع حيضة واحدة وثبت بالنص جوازه (الخلع) بعد طلقتين ووقوع ثالثة بعده "[3].

والقانون الجزائري لم يبين هذه القضية ونعتقد أنه فسخ للأدلة السابقة. كما أن المشرع الجزائري سمى في المادة 57 ق أ الطلاق والتطليق والخلع وتعددها في الذكر يقتضي المغايرة فالخلع ليس طلاق ولا تطليق.

3- اختلف الفقهاء كذلك في هل يحوز لرجل أن يأخذ كبدل للخلع ما زاد عن ما دفعه كمهر أولا يجوز له أخذ سوى ما دفعه، فذهب الجمهور إلى جوز أخذ ما زاد عن مهره مستندين على قوله تعالى: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فلفظة لا جناح تفيد القليل والكثير وهذا الكثير قد يفوق ما قدم

---

[1] جاء في الصحيحين (البخاري ومسلم) أن ابن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: " مره فليراجعها ثـم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسكها بعد ذلك وإن شاء طلقها قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء ". أنظر جمال الدين القاسمي: الاستئناس لتصحيح أنكحة الناس بتحقيق علي حسن عبد الحميد، نشر دار الشهاب، باتنة، د.ت، ص 43.

[2] مراد شكري: مرجع سابق، ص 169.

[3] شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، نشر دار، المجلد 5، ص 109.

لها وذهب آخرون إلى عدم جواز ذلك ودليلهم الزيادة الواردة في حديث ابن عباس في قصة خلع زوجة ثابت عند ابن ماجة وهي "... فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد "[1] وقد تعرض القانون الجزائري إلى ذلك في المادة 54 ق أ حيث جعلت المادة هذا الأمر على التفصيل التالي:

إذا رغبت الزوجة في أن تخالع نفسها ورضي الزوج بذلك وحصل الاتفاق بينهما على مقدار المقابل فلا حرج في أن يكون هذا المقابل يساوي ما قدم لها أو يفوقه أو يكون أقل منه بشرط التراضي ودليل ذلك ورود لفظة بمقابل مالي عامة دون تحديد.

أما إذا حصل الاختلاف حول المقابل المالي للخلع فالأمر يعود للقاضي الذي عليه أن يقضي بمقابل لا يتجاوز صداق المثل لكن المادة أتت بشرط هو أن يقدر صداق المثل بوقت صدور الحكم وهذا معناه أن مقابل الخلع غالبا سيكون أكبر مما أصدق به زوجته.

4- الخلع لا تكون آثاره نافذة إلا بعد صدور حكم قضائي به وهذا يعني أن الخلع ينبني على صدور حكم قضائي بعد رفع الأمر للقضاء دل على ذلك المادة 57 ق أ بنصها على " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف... " فدل هذا على أن الخلع لا يكون إلا بحكم قضائي، ولا يكون قابلا للاستئناف إلا في الجانب المالي فقد لا يرضى الزوج بالمقابل الذي قرره القضاء فيستأنف في هذا الجانب فقط، أما الخلع فقد مضى بلا رجعة[2] على الزوجين.

ثالثا- شروط الخُلع:

كما سبق ذكره لم يتعرض القانون الجزائري لأحكام الخلع ولا لشروطه لكن يمكن استنباط الشروط التالية من مجمل المواد التي قننت للزواج والطلاق.

1- الشرط الأول: توافر الأهلية في الزوجة التي تخالع نفسها، فقد جاء في نص المادة 85 من قانون الأسرة ما يلي: " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت منه في حالة الجنون أو العته أو السفه ".

والمادة تفترض أن لا يكون الجنون مطبقا فيكون بذلك للزوجة حالات تفيق فيها وحالات أخرى يتلبسها الجنون فيها وحكم التصرفات التي تصدر عنها وقت إطباق الجنون تكون غير نافذة[3] ومن هذا إذا طالبت بالانخلاع من زوجها وقت الجنون فلا أثر لطلبها، أما لو خالعت زوجها في حالة

---

[1] الشوكاني: مرجع سابق، ص 246.

[2] أي أصبح أثره نافذ ولا مجال للطعن فيه.

[3] قد ينوب عن الزوجة في إيقاع الخلع وليها إذا طرأت على أهليتها عارض وكان في مصلحتها مفارقة الزوج ولم تتوفر شروط المادة 53 من قانون الأسرة. أنظر فضيل سعد: مرجع سابق، ص 308.

الإفاقة فإن طلبها هذا يكون محل اعتبار ويرتب آثارا هي حدوث الخلع ونشير أن المادة 07 من قانون الأسرة حددت سن الزواج بـــ 19 سنة مع جواز أن يرخص القاضي بالزواج قبل ذلك للمصلحة وفي هذه الحال لا يجوز الدفع بعدم الأهلية لأن الفقرة الثانية من المادة 07 قررت أن القاصر الذي رخص له في الزواج يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثر عقد الزواج من حقوق والتزامات ولاشك أن الخلع حق للزوجة.

ولم نتعرض للحديث عن أهلية الزوج لأن المادة 07 ق أ تشترط أن يكون بالغا سن 19 سنة وإذا رخص له في الزواج قبل ذلك من طرف القضاء اكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي، فقد جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة "... يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ".

كما أن المادة 54 من قانون الأسرة لم يشترط موافقة الزوج على الخلع إذ يجوز للزوجة مخالعة نفسها دون موافقته مما يجعل حسب المادة إرادته لا محل لها في الخلع اللهم إلا الاتفاق على المقابل المالي الذي قد ينوب عنه وليه أو وصيه أو المقدم حسب نص المادة 82 ق أ إذا كان فاقد الأهلية لجنون أو عته أو سفه، وحتى هذا المر قد يرجع إلى القاضي تحديده عند عدم الاتفاق فيكون وجوبا مساويا لقيمة مهر المثل عند صدور الحكم وليس مساويا لمهر المثل عند عقد الزواج.

2- ثاني شرط أن يكون الخلع على بدل (مقابل مالي) فقد اشترطت المادة 54 ق أ ذلك، فالزوجة تدفع هذا البدل نظير افتداء نفسها من زوجها وحتى لا تجتمع عليه خسارتان[1] وهذا البدل يعتبر معاوضة شبيهة بالتبرع من جانب الزوجة وليس معاوضة محضة لأن المقابل الذي تحصلّه الزوجة في نظير البدل هو خلاصها من هذا الزوج ولا يعد هذا مالا ولا شبيها بالمال لأنه لا يقوم بالمال[2] لذلك يشترط في الزوجة أهلية التبرع حتى يصح البدل في الخلع فلا يجوز كما ذكرنا أن تكون الزوجة فاقدة للعقل أو محجور عليها أو مصابة بسفه وهذا ما يمكن استنباطه من نص المادة 203 ق أ التي جاء فيها " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه " ولما كان البدل المدفوع من الزوجة ليس له ما يقابله في حق الزوج اعتبر البدل بمثابة تبرع (هبة) من الزوجة للزوج فأخذ حكمها، وهذا يجرنا للحديث عن خلع فاقدة الأهلية لجنون أو سفه أو غفلة فإنها لا يجوز لها التصرف في مالها[3] ولا يجوز لوليها التبرع من مالها لأن المادة 88 ق أ خولت الولي التصرف في أموال القاصر لكن دون ذكر التبرعات وقد افترض الفقهاء أن يكون بدل

---

[1] السيد سابق: مرجع سابق، ص 253.
[2] فضيل سعد: مرجع سابق، ص 308.
[3] أنظر المادة 85 من قانون الأسرة.

الخلع مقدم من أموال الوالي فتخرج بذلك من هذه المعضلة[1] لكن السؤال هو ما الحل لو كان الخلع في مصلحة الزوجة الفاقدة للأهلية وانعدم توافر شروط المادة 53 ق أ ولم يكن لوليها ما يدفعه كمقابل للخلع وفي المقابل كانت ذمة هذه الزوجة الفاقدة للأهلية تسمح ببدل الخلع؟ الجواب في اعتقادنا هو جواز أن يدفع مقابل الخلع من مال الزوجة بإذن من القضاء تأسيسا على نص المادة 54 ق أ التي تشترط في الخلع أن تدفع الزوجة مقابل مالي للزوج ويمكن اعتبار الخلع معاوضة لأن المقابل الذي تتحصل عليه الزوجة هو إخلاء سبيلها وفيه نفع معنوي والنفع المعنوي يجوز قياسه بالمال قياسا على نص المادة 182 مكرر من القانون المدني حيث جاء فيها " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ".

فهذه المادة مستحدثة بموجب القانون رقم 10/05 الذي عدل القانون المدني هذا الأخير الذي لم تكن مواده تقنن لتعويض الضرر المعنوي عكس الحال في القانون المصري الذي تنص المادة 222 منه على تعويض الضرر المعنوي[2] فتدارك المشرع الجزائري هذا الأمر بموجب هذه المادة وهي صريحة في جواز طلب تعويض الضرر المعنوي ولاشك أن التعويض يكون بمقابل مالي وهذا معناه جواز قياس الأشياء المعنوية بالمال ومنه نذهب إلى اعتبار النفع المعنوي العائد على الزوجة جراء الخلع قابل للتقدير بالمال ومنه يكون الخلع معاوضة بين الزوج والزوجة فإذا كان كذلك جاز للولي دفع بدل الخلع من مال الزوجة المخلوعة الفاقدة للأهلية لأن بدل الخلع يصبح التزاما في ذمتها ويجوز لوليها دفع هذا الالتزام نيابة عنها من مالها حسب نص المادة 88 ق أ.

3- الشرط الثالث هو ضرورة قيام رابطة زوجية بين الزوج والزوجة المختلعة وهذا الشرط تحتمل معه الفرضيات التالية:

أ- الزوجة المعقود عليها وغير المدخول بها يجوز لها أن تخالع نفسها لأن الزوجية متحققة بالعقد ولو لم يحصل دخول[3] ولأن المادة 54 ق أ لم تشترط في الخلع حصول الدخول.

ب- الزوجة المطلقة طلاقا رجعيا لأنه حسب المادة 50 ق أ يجوز لزوجها مراجعتها، فالعلاقة الزوجية قائمة بينهما بعد ما لم تنقضي عدتها فيجوز لها قطع الطريق على الزوج وتخالع نفسها في مدة عدتها.

ومقتضى هذا الشرط أن الزواج الباطل لا يترتب عليه الخلع لعدم قيام رابطة زوجية صحيحة.

---

[1] بدران أبو العينين بدران: مرجع سابق، ص 403.

[2] جاء في نص المادة 222 قانون مدني مصري ما يلي: " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء ".

[3] أنظر نص المادة 130 قانون أسرة التي يفهم منها ذلك.

المطلب الثاني

الشروط المستوجبة قانونا في انتقال العقار بسبب الصداق والخُلع

لقد استفدنا من نص المادة
14 من قانون الأسرة جواز أن يكون محل الصداق عقار، حيث نصت هذه المادة على جواز ذلك بنصها على " الصداق هو ما يدفع نحلة من نقود أو غيرها... " فدلت كلمة أو غيرها على احتمال أن يكون صداق المرأة عقارا يقدمه الرجل نحلة لها، وقد جاء في حديث ابن عباس السابق أن ثابت بن قيس أصدق زوجته حديقة والحديقة عقار فدل هذا على جواز ذلك شرعا.

كما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة وجوب أن يكون محل ما تقدمه الزوجة التي تريد أن تخالع نفسها بمقابل مالي، والمقابل المالي هو كل شيء متقوم بالمال ويصلح أن يكون محلا للحقوق المالية وتنص في ذلك المادة 682 من القانون المدني على " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية " والحقوق المالية التي يكون الشيء محلا لها كثيرة ومتنوعة[1] منها الحقوق العينية الأصلية والتبعية ومنها الحقوق الشخصية ومنها الحقوق المعنوية ولأن العقار شيء مادي ويصلح لأن يكون محلا للحقوق المالية جاز أن يكون محلا لبدل الخلع ما كان ملك لمن قدمه كبدل للخلع وذلك لقابلية تقوّمه بالمال.

ولأن الصداق تنتقل ملكيته من الرجل إلى المرأة بنص المادة 14 ق أ حيث دلت عبارة "... وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء " على ذلك وأكدت ذلك بحقها في التصرف فيه ولأن بدل الخلع تنتقل ملكيته كذلك من الزوجة إلى الزوج حسب نص المادة 54 ق أ فإذا كان محل الصداق ومحل بدل الخلع عقارا فهل يفرض في انتقال الصداق للزوجة وبدل الخلع للزوج ما أوجبه المشرع في المعاملات العقارية؟! هذا ما نفصله في فروع هذا المطلب.

الفرع الأول

توثيق وتسجيل وشهر العقارات محل الصداق

أولا- توثيق العقارات إذا انتقلت كصداق:

تطبيقا للقاعدة التي جرى عليها المشرع في أي معاملة واقعة على عقار بفرض صب هذه المعاملة في قالب شكلي تحت طائلة البطلان حسب نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني فإنه يجب على الأطراف وهما الزوج والزوجة التوجه إلى موثق لتحرير عقد رسمي يتضمن انتقال العقار المعني (محل الصداق) من الزوج إلى الزوجة على سبيل الصداق وبحضور شاهدين تحت طائلة

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، المجلد 8، ص 8.

البطلان كذلك لأن عقد الزواج من العقود الاحتفائية، وهذا ما دلت عليه المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني بنصها على " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين ".

وحسب المادة 15 من قانون الأسرة يجوز أن يكون الصداق معجلا أو مؤجلا إذا حدد في العقد.

وهذا يفيد أن الزوج ليس عليه أن يقدم صداقه على الفور بل يكفيه أن يكون محددا في العقد ويستتبع هذا أنه إذا كان الصداق محله عقارا اكتفى الزوج بذكره في عقد الزواج دون أي إجراء آخر! ونعتقد أن هذا الإجراء جائز في غير العقار، لأن العقار مضبوطة المعاملة فيه بالقاعدة السابقة التي تدل على وجوب صب هذه المعاملة في شكل رسمي، وقد نصت المادة 71 من القانون المدني على " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد ".

وإذا أسقطنا أحكام هذه المادة على الاتفاق الحاصل بين الزوج والزوجة على تأخير تقديم الصداق فإنه حسب هذه المادة يجب صب هذا الاتفاق في شكل رسمي على شكل وعد بالتعاقد يحرره موثق ويذكر فيه جميع المسائل الجوهرية بحيث يذكر أسماء أطراف هذا الاتفاق وهما الزوج والزوجة نوع هذا الاتفاق وأنه صداق مؤخر كما يبين صفات هذا العقار محل الصداق، وهذا ما أشارت له الفقرة الثانية من المادة السالفة.

فلأن القانون يشترط في العقار الصيغة الرسمية فإنه يتعين على الزوج والزوجة إذا كان محل الصداق عقارا واتفقا على تأجيله أن يصبا اتفاقهما هذا في قالب شكلي أمام الموثق لأن محل اتفاقهما عقار.

ثانيا - تسجيل انتقال العقار المقدم كصداق:

لقد لاحظنا في كل العقود السابقة التي تناولناها والمتضمنة معاملة عقارية أن القانون يوجب على الموثق تسجيلها تحت طائلة العقوبة المالية والتأديبية من غرفة الموثقين[1] وذلك حتى تستوفي الخزينة العامة حقها الضريبي على هذه المعاملات والموثق في ذلك وسيط بين المتعاملين في العقار ومصالح الضرائب حيث يستوفي الموثق المبالغ المستوجب تسديدها كرسوم تسجيل من الأطراف

---

[1] أنظر المادة 93 نمن قانون التسجيل.

ويصبها في حساب مديرية الضرائب، وهذا ما نصت عليه المادة 82 من قانون التسجيل التي جاء فيها: " إن رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل إتمام الإجراءات.

1- من قبل الموثقين فيما يخص العقود التي تم إبرامها أمامهم... ".

وإذا كان محل الصداق المقدم لزوجة بمناسبة الزواج عقارا فإنه لا يشد عن هذا الإجراء بحيث يستوجب على الموثق تسجيل العقد الذي حرره والمتضمن انتقال ملكية عقارية على سبيل الصداق وقد نصت المادة 10 من قانون التوثيق على ضرورة أن يسهر الموثق على تنفيذ كل الإجراءات المنصوص عليها قانونا في مجال انتقال العقارات لاسيما تسجيل هذه العقود وشهرها ولأن القانون خوّل الموثق تحرير العقود الرسمية فإنه ألقى على عاتقه كذلك مسؤولية تسجيل هذه العقود، وهذا ما تفيده نصوص المواد 58، 60، 75، 93 من قانون التسجيل.

1- آجال تسجيل العقد المتضمن نقل عقار بسبب الصداق:

كما تمت الإشارة له مسبقا فإن العقد المتضمن نقل ملكية عقارية بسبب الصداق بين الزوج والزوجة يحرره وجوبا موثق والمادة 58 من قانون التسجيل أوجبت على الموثقين تسجيل عقودهم في أجل شهر ابتداء من تاريخها.

فإن هذا العقد المتضمن انتقال ملكية عقارية ينضبط بها الأجل لدخوله تحت عموم العقود التي تحرر من قبل موثق فيكون أجل تسجيله شهرا واحدا ابتداء من تاريخ إصداره.

2- مكان تسجيله:

بحكم تحديد مكان تسجيل هذا العقدة ما يحكم تحديد مكان تسجيل ما شبهه من عقود وتعد المادة 75 من قانون التسجيل أصلا في ذلك حيث تعقد اختصاص مكان تسجيل العقود المحررة من قبل الموثق إلى مكتب التسجيل الواقع في دائرة اختصاصه مكتب الموثق المحرر لهذا العقد فيكون هذا العقد خاضع من حيث مكان تسجيله إلى مكتب التسجيل الواقع في دائرته مكتب الموثق المختار من قبل الزوج والزوجة لإبرام هذا العقد.

فـــــــائـــــدة

لقد تبينا تسمية الاتفاق أو التصرف الحاصل أمام الموثق والمتضمن نقل ملكية بسبب الصداق بالعقد نظرا للاعتبارات التالية:

توافر أركان العقد فيه[1] من أطراف: زوج ملتزم بتقديم الصداق، وزوجة ملتزمة بإتمام عقد الزواج (رضا) في مقابل ذلك، توفر السبب وهو الزواج والمحل هو الصداق (العقار). 2- هو من قبيل العقود غير المسماة Contrat innommé وهو العقد الذي لم يضع له القانون تنظيما خاصا به ولم يخصه باسم معين كما فعل بالنسبة للعقد المسمى[2] وهو خاضع للقواعد العامة التي تخضع لها العقود المسماة.

ثالثا- شهر العقد المتضمن نقل ملكية عقار بسبب الصداق:

إن الصداق إذا كان محله عقار جرى عليه ما يجري على التصرفات والمعاملات الواردة على العقارات ولقد نصت المادة 793 من القانون المدني على أن الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقارات لا تنتقل سواء بين الأطراف أم في حق الغير إلا بالشهر، وهذا نفسه ما دلت عليه المادتان 15 و16 من الأمر 74/75 وينتج عن هذا أن ملكية العقار المقدم كصداق لا تنتقل من الزوج إلى زوجته إلا بالشهر، كذلك أوجبت المادة 90 من المرسوم 63/76 على الموثق شهر جميع العقود التي حرروها فجاء فيها " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم... " كذلك يمكن الاستشهاد في هذا الموضع بنص المادة 29 من القانون رقم 25/90 التي جاء فيها " يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري ".

فالزوجة إذا رغبت في أن تكون ملكيتها صحيحة على العقار المقدم لها كمهر توجب عليها الحصول على سند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية ولن يتسنى لها ذلك ما لم تبادر إلى توثيق وشهر المحرر الذي يشهد على هذا الانتقال.

1- آجال الشهر:

أوضحنا سابقا أن التصرف الحاصل أمام الموثق والمتضمن انتقال ملكية عقار من الزوج إلى الزوجة على سبيل الصداق يعد عقدا غير مسمى لذلك يحكمه في مجال الشهر وآجاله ما يحكم العقود، ولقد نصت المادة 99 من المرسوم 63/76 المعدلة بموجب قانون المالية لسنة 2004 في فقرتها الثالثة

---

[1] نصت المادة 54 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون 10/05 على " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " ونعتقد أن ما حصل بين الزوج والزوجة في هذا المجال هو اتفاق وفيه التزام من جانب الزوج والتزام من جانب الزوجة.

[2] خليل أحمد حسن قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 24.

على "... بالنسبة للعقود الأخرى والوثائق ثلاثة (3) أشهر من تاريخها فيكون لأجل الممنوح لهذا العقد حتى يسجل هو ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ إمضاء هذا العقد وإصداره من طرف الموثق "[1].

2- مكان الشهر:

احتفظ المشرع بمبدأ مكان تواجد العقار المطبق على جميع العمليات[2] الواردة على عقار وقررت المادة 04 من المرسوم 63/76 أن مكان شهر العقود الواردة على عقارات هو المحافظة العقارية الواقع في دائرتها العقار المعني أو المحافظة العقارية التابعة لبلدية تواجد العقار المعني، فهذا النوع من العقود يشهر في المحافظة العقارية المتواجد بها العقار المقدم كصداق.

الفرع الثاني

توثيق وتسجيل وشهر العقار محل الخُلع

أولا- هل يوثق الخُلع!؟

لقد جاء في نص المادة 57 من قانون الأسرة التالي: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية... " وهذا يعني أن الخلع لا يتم إلا بعرض النزاع بين الزوج والزوجة على المحكمة حيث يستوجب على الزوجة أن تخالع نفسها أمام القضاء ويتعين عليها طلب استصدار حكم بالخلع يكون أداة لإثبات انفصالها عن زوجها بعدما يصير حكم الخلع نهائيا.

ولأن الخلع يتم وجوبا بمقابل مالي فإن العقار إذا كان محلا للخلع كان الحكم الصادر من الجهات القضائية بمثابة سند رسمي يحل محل العقد الرسمي المحرر من قبل موثق قياسا على حالات عددها القانون كان فيها الحكم القضائي قائما مقام العقد التوثيقي منها، الحكم القضائي بقسمة عقار مشاع[3] إذ تنص المادة 727 من القانون المدني على " تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ". فالشيوع كما سبق التطرق له حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني وللخروج من حالة الشيوع الاختياري يعرض القانون طريقين طريق ودي رضائي ونصت عليه المادة 723 من القانون المدني وطريق ثاني قضائي يلجأ له الأطراف عند تعذر القسمة الودية ونصت عليه المواد 724 إلى 727 من القانون المدني وما يعنينا هو الطريق الثاني القضائي لأن حكم المحكمة في هذه الحالة يكون بمثابة عقد للملكية. كذلك نصت المادة

---

[1] مع مراعاة الآجال المضافة في حالة كان العقار واقعا بين بلديتين حيث يضاف 15 يوم زيادة عن الثلاثة أشهر عن كل محافظة.

[2] أنظر المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 17 من القانون المدني.

[3] حمدي باشا عمر: حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص 61.

394 من قانون الإجراءات المدنية على " تنقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المحجوز عليه التي كانت له على العقارات الراسي عليها مزادها ويعتبر حكم رسو المزاد سندا للملكية... " فالمادة صريحة في اعتبار الحكم القضائي الصادر برسو المزاد على شخص ما يعتبر سندا للملكية وعدد القانون حالات أخرى يكون فيها الحكم القضائي بمثابة سند للملكية يستتبع إيقاع الإجراءات الموالية عليه من تسجيل وشهر منها الحكم القضائي الذي يقوم مقام العقد في حالة نكول الواعد عن إتمام إجراءات البيع حسب المادة 72 من القانون المدني، الحكم القضائي بثبوت حق الشفعة حسب المادة 803 ق م الحكم الصادر عن القضاء المصرح بالشغور وإلحاق التركات الشاغرة بأملاك الدولة حسب المواد 48، 51، 52 من القانون 30/90 والمواد 88، 89، 90، 92 من المرسوم التنفيذي 454/91.

ونرى قياسا على كل هذه الحالات التي حل فيها الحكم القضائي محل السند المثبت للملكية أن الحكم الصادر بالخلع يعتبر سندا للملكية بالنسبة لزوج المخلوع لأن الحكم يتضمن وجوبا المقابل المالي بدل الخلع وإذا كان هذا المقابل عقار كان هذا الحكم بمثابة سند للملكية[1] في حق الزوج.

ثانيا - تسجيل الخلع:

نصت المادة 213 من قانون التسجيل في فقرتها الثالثة على "... 3- حقوق الطابع والتسجيل تخضع الأحكام والقرارات الصادرة مدنيا وتجاريا وإداريا لرسم التسجيل القضائي... ".

فهذه المادة جاءت في القسم الخامس من الباب التاسع تحت عنوان رسم التسجيل القضائي وهي صريحة بوجوب تسجيل الأحكام الصادرة عن القضاء ولما كان الخلع حسب المادة 57 من قانون الأسرة لا يتم إلا بحكم قضائي كان خاضعا لتسجيل كذلك تقيد المادة 60 من قانون التسجيل هذا الحكم حيث جاء فيها " يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعوان التنفيذ[2] التابعين لكتابات الضبط وكذلك القرارات القضائية... ".

---

[1] نصت المادة 324 من القانون المدني على " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه " ونعتقد مادام القاضي موظف ورؤساء أمانة الضبط بالمحاكم موظفون فهم يثبتون في الحكم القضائي ما تم لديهم أو ما تلقوه من ذوي الشأن فهم عندما يتم أمامهم مخالفة الزوجة لنفسها على عقار فهم يثبتون هذا الحكم لذلك كان الحكم بمثابة سندا للملكية لأن سند الملكية في العقار هو العقد الرسمي وهذا الحكم القضائي تنطبق عليه أوصاف العقد الرسمي من حيث اتفاق الطرفين زوج وزوجة وحضور الضابط أو الموظف وهو القاضي أو الضباط الأمانة بالمحاكم، ويثبتون ما تم لديهم من اتفاق بين الزوجين على المخالفة بمقابل عقار.

[2] كان سابقا كتاب الضبط هم المكلفين بالتبليغ (المادة 13) من الإجراءات المدنية بالنسبة لتكليف بالحضور أمام المحاكم بعد صدور القانون رقم 03/91 المؤرخ في 1991/11/08 المتضمن القانون الأساسي للمحضرين القضائيين تحول الأشخاص إلى المحضر القضائي. أنظر سنقوقة: مرجع سابق، ص 26.

1- آجال تسجيل الخلع:

جاء في المادة 60 من قانون التسجيل المذكورة آنفا ما يلي: " يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعوان التنفيذ التابعين لكتابات الضبط وكذلك القرارات القضائية خلال الشهر الذي يلي إعدادها ".

ويتضح من نص هذه المادة أن الأجل الممنوح لكتاب الضبط وأمناء ضبط المحاكم لتسجيل القرارات القضائية هو مدة شهر واحد من تاريخ صيرورتها نهائية ويؤيد هذا الجزء الثالث من الفقرة الثالثة من المادة 213 قانون تسجيل حيث جاء فيها "... تقدم كل العقود القضائية التي يترتب عليها دفع رسوم نسبية أو تدريجية إلى إجراء التسجيل في شهر تاريخها ".

ومن هذين النصين نتبين أن الخلع يسجل وجوبا خلال شهر من صدور الحكم القضائي به نهائيا حائزا لقوة الشيء المقضي فيه[1].

2- مكان تسجيل الخلع:

نصت الفقرة الثالثة من المادة 75 من قانون التسجيل على "... ويسجل كتاب الضبط[2] وكتاب الإدارات المركزية والمحلية العقود التي يجب عليهم إخضاعها لهذا الإجراء في المكتب التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في المكتب الموجود في نطاق الولاية التي يمارسون بها مهامهم " ولأن كتاب الضبط يمارسون مهامهم في المحاكم والمجالس القضائية يكون التسجيل بالنسبة للقرارات القضائية ومنها الخلع في مكتب التسجيل الواقعة المحكمة في دائرة اختصاصه.

ثالثا- شهر القرار القضائي المتضمن الخُلع ما كان محله عقارا:

إن القرار القضائي الذي يتضمن حق وارد على عقار إما بانتقاله أو الكشف عنه كما هو حال القسمة القضائية أو تعديله بموجب صلح أو حتى كان متضمن لحقوق عينية على عقار ما دون الملكية كحق الانتفاع والاستعمال... يستوجب شهره في المحافظة العقارية حتى يحقق آثاره، فالحق المتضمن في هذا القرار سواء كان نقلا للملكية أو الاعتراف بحق عيني واقع على عقار لا وجود له إلا بالشهر تطبيقا لقاعدة المادة 793 من القانون المدني والمادتان 15 و16 من المر 74/75، ولئن كانت المادة 15 و16 من الأمر المذكور لم تتعرضا بالذكر لشهر الأحكام القضائية فإن التطرق لها تم بموجب المادة 14 من المر 74/75 حيث جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة "... جميع العقود والقرارات

---

[1] يكون الحكم الصادر من القضاء بالخلع غير قابل للاستئناف فيما عدا الجوانب المادية، انظر نص المادة 57 من قانون الأسرة.

[2] يفهم من هذا أن كتاب الضبط هم المكلفون بتحصيل الرسوم القضائية، أنظر في ذلك طاهري حسين: دليل أعوان القضاء والمهن الحرة، نشر دار هومة، ط$_1$، 2004، الجزائر، ص 115.

القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل... ".

كما جاء في المادة 38 من المرسوم رقم 63/76 ما يلي: " كل إشهار لعقود أو قرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديلا أو إنهاء لارتفاقات أو حقوق مشتركة يجب أن تكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار ". وجاء في المادة 62 من نفس المرسوم ما يلي: " كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف... " كذلك جاء في المادة 65 نفس المرسوم ما يلي: " إن العقود والقرارات والجداول فيما يخص الأشخاص الطبيعيين يجب أن يتضمن الإشارة إلى جميع العناصر التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي للأطراف... " فكل هذه النصوص الواردة في المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري (وهو قانون الشهر في بلادنا) تفيد وجوب شهر الأحكام والقرارات القضائية المتضمنة حق عقاري وجد نص المادة 90 من المرسوم 63/76 قاطعة في وجوب شهر القرارات القضائية المتضمنة لحق عقاري حيث جاء النص فيها وجوب شهر هذه الأخيرة من طرف كتاب الضبط بتقرير ما يلي: " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة ".

فالمادة قررت وجوب شهر القرارات القضائية الخاضعة للإشهار وقد بينت المادة 38 من نفس المرسوم نوع هذه القرارات القضائية وأنها المتضمنة إنشاء أو تعديل أو إنهاء لحقوق عقارية والقرينة لفظة (بطاقة كل عقار) في آخر المادة[1].

وقد يفهم من نص المادة 88 من مرسوم 63/76 وجوب شهر القرار القضائي المتضمن حق عقاري حيث منعت هذه المادة صاحب الحق العقاري المنتقل له بحكم قضائي كما هو حال انتقال العقار كبدل خلع من التصرف فيه بمنع شهر أي تصرف أوقعه عليه إن لم يكن قد أشهر القرار القضائي الذي انتقل له بموجبه هذا العقار فجاء فيها " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق التصرف... " إذاً فمن كسب حق عقاريا بموجب حكم قضائي تبقى يده مغلولة ممنوعة من التصرف في هذا الحق العقاري ما لم يجري إشهار مسبق لهذا الحكم القضائي.

---

[1] نص المادة 38 من مرسوم 63/76 هو " كلل إشهار لعقود أو قرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديلا أو إنهــاء لارتفاقات أو حقوق مشتركة يجب أن يكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار ".

ونستنتج من كل ما سبق وجوب شهر القرار القضائي المتضمن انتقال عقار كبدل خلع من الزوجة إلى الزوج.

1- آجال الشهر:

جاء في الفقرة الثالثة من المادة 99 مرسوم 63/76 التي قننت لآجال الشهر ما يلي: "... 3- بالنسبة للقرارات القضائية الأخرى شهران من اليوم الذي صارت فيه نهائية " غير أن الأجل عدل بموجب المادة 4/353 من قانون المالية لسنة 2004 فجاء في الفقرة الثانية منه "... بالنسبة للأحكام القضائية ثلاثة (3) أشهر من اليوم الذي أصبحت فيه نهائية ".

فأجل الشهر بالنسبة للأحكام القضائية هو ثلاثة أشهر حيث يمنح كتاب الضبط هذه المهلة لشهر القرارات القضائية التي حرروها أو حررت بمساعدتهم طبعا بعد صدورها من قاضي الجلسة.

2- مكان الشهر:

على كتاب الضبط مراعاة الاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية التي تتم بها إجراءات الشهر وينعقد الاختصاص في هذا المجال للمحافظة العقارية الواقع العقار المعني ضمن إقليمها.

المطلب الثالث

تخلف التوثيق والتسجيل والشهر عن انتقال العقارات محل الصداق والخُلع

تحدثنا في المطلب الفارط عن الشروط التي أوجبها القانون في انتقال العقار وخصصنا الحديث عن توثيق وتسجيل وشهر العقارات المنتقلة كبدل صداق أو كبدل خلع ونعرض في هذا المطلب تخلف هذه الإجراءات وآثارها على انتقال هذه العقارات كبدل للصداق والخلع.

الفرع الأول

آثار تخلف التوثيق والتسجيل والشهر على العقارات المنتقلة كصداق

أولا- تخلف التوثيق وأثره:

أوجبت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني وجوب صب أي تصرف أو معاملة واردة على عقار في قالب شكلي وجعلت جزاء تخلف ذلك وسم التصرف بالبطلان المطلق فإذا جعل الرجل صداق امرأته عقار وسماه في عقد الزواج فإنه يستتبع هذا ضرورة صب هذا الإجراء في شكل رسمي أمام الموثق وإذا تخلف هذا الإجراء بقي العقار المعني على ذمة الزوج ولا ينتقل لزوجة لأن مجرد تسمية الصداق في عقد الزواج لا يستوجب معه نقل الملكية في العقار وحسب نص المادة 16 من

قانون الأسرة إذا سمي الصداق في العقد وحدد استحقته الزوجة كاملا بالدخول أو بالوفاة وتبرز عهنا حالتان عند عدم التوثيق.

الحالة الأولى: إذ كان العقار المقدم كصداق لا زال قائم في ذمة الزوج لم يتصرف فيه فإن للزوجة أن تجبره على إتمام إجراءات التوثيق حتى ينتقل لها العقار بعد الإجراءات اللاحقة ويكون سندها في ذلك عقد الزواج الذي سمي فيه الصداق (وحدد العقار بعينه).

كل هذا ما توافر أحد أمرين إما الدخول وإما موت الزوج حيث تطالب الزوجة بقية الورثة بتوثيق العقار موضوع الصداق قبل قسمة التركة لأنه من ديون المتوفي[1].

الحالة الثانية: أن يكون الزوج قد تصرف في العقار ببيع أو هبة أو غيرها في هذه الحال إذا توفر أحد الشرطين إما الدخول بالزوجة أو موت الزوج جاز للزوجة المطالبة بالتعويض عن صداقها الذي هو حق لها بما يعادل قيمة العقار المعني المقدم سابقا كصداق، وإذا مات الزوج كانت قيمة العقار المقدم كصداق والمتصرف فيه دينا في تركة الزوج الهالك.

مع ملاحظة أنم الزوجة إذا طلقت قبل الدخول استحقت نصف الصداق حسب المادة 16 ق أ فإذا كان العقار قابلا للتجزئة أخذت نصفه وإذا لم يوثق طالبت بتوثيق نصفه حتى تنتقل لها ملكية النصف، أما لو تصرف الزوج في العقار فلها المطالبة بنصف ثمنه بالتفصيل السابق.

ثانيا - تخلف التسجيل:

إذا وثق العقد المتضمن انتقال عقار كصداق من الزوج إلى الزوج فلا يضرهما عدم تسجيله وتقع تبعة عدم التسجيل على عاتق الموثق المحرر للعقد لأنه أخل بأحد التزاماته حسب ما تقضي به المادة 10 من قانون التوثيق[2] فيكون جزاء ذلك توقيع عقوبة مالية على هذا الموثق بالإضافة إلى العقوبة الأدبية التي تسلطها عليه غرفة التوثيق التي يبيعها، وهذا ما دلت عليه المادة 93 من قانون التسجيل إلا أنه يجوز لإدارة الضرائب متابعة أطراف العقود التي لم تسجل قصد تحصيل الرسوم المستحقة للخزينة، وهذا ما جاء في نص المادة 91 من قانون التسجيل حيث نصت في فقرتها الثالثة على "... غير أنه وبالرغم من جميع الأحكام المختلفة فإن إدارة الضرائب تستطيع أن تتابع الرسوم المستحقة إلى الخزينة ضد كل الأطراف المذكورة في العقد والأحكام ".

هذا ما لم تتقادم هذه المستحقات بمرور 10 سنوات في الحالات العادية وبمرور 4 سنوات في حالة تسجيل عقد آخر يظهر هذه الحقوق السابقة من تاريخ تسجيلها ويستطيع الأطراف أن يعودوا على

---

[1] فضيل سعد: مرجع سابق، ص 91.

[2] والمادة 58 من قانون التسجيل.

الموثق في تعويض المبالغ التي دفعوها لإدارة الضرائب لأن هذه المبالغ قد دفعت من قبل للموثق بمناسبة توثيق العقد حسب المادة 1/81 التي قررت أن حقوق التسجيل يستخلصها الموثق من الأطراف ثم يدفعها لإدارة الضرائب، فالمفترض أن هذه المستحقات قد دفعت سلفا.

ثالثا- تخلف الشهر:

قرر سابقا أن الشهر هو الناقل للأثر العيني في التصرفات العقارية وحسب مجموع النصوص التي جعلت من الشهر السبب الوحيد لانتقال الملكية العقارية والحقوق العقارية الأخرى[1] فإن عدم شهر العقد المتضمن انتقال عقار بمناسبة الصداق يبقي هذا الأخير على ملكية الزوج ولو وثقه وسجّله فلو تصرف الزوج في هذا العقار تصرفا ثاني بأن باعه مثلا لشخص آخر بعدما قدمه أولا كصداق لزوجته، وكانت إجراءات الشهر لهذا البيع سابقة عن إجراءات شهر انتقاله كصداق فإن ملكية هذا العقار تنتقل لشخص المشتري في حين ليس لزوجة إلا الرجوع بالتعويض عن قيمة هذا العقار[2] يدفعها الزوج لسببين:

السبب الأول: أن المحل أصبح غير موجود (انعدام المحل) أنظر المادة 176 من القانون المدني.

السبب الثاني: ما جاء في نص المادة 15 من قانون الأسرة حيث أوجبت الصداق للمرأة ولو لم يذكر في العقد ويكون في هذه الحال مثل صداق المثل ، أما لو حدد في العقد استحق بعينه أو ما يساوي قيمته لو تعذر التنفيذ العيني. ومنه تبرز أهمية الشهر فالعقار المقدم كصداق ما لم يشهر يبقى في ملك الزوج.

الفرع الثاني

آثار تخلف التوثيق والتسجيل والشهر على العقارات المنتقلة كبدل للخُلع

أولا- تخلف التوثيق:

بينا سابقا أن الخلع لا يكون إلا بحكم قضائي حسب ما دلت عليه المادة 57 من قانون الأسرة وأوضحنا أن الحكم القضائي الصادر بالخلع يمثل سندا رسميا بحل محل العقد الرسمي فيكون أداة لإثبات ملكية الزوج للعقار الذي اختلعت به الزوجة بعد تسجيله وشهود ولا يمكن الحديث هنا عن عدم توثيق الخلع المتضمن انتقال عقار كمقابل له لأن القانون فرض أن يكون الخلع بحكم قضائي ولا مجال لحدوث الخلع وأحكامه ما لم تنطق به المحكمة، فالخلع إذن يكون بحكم قضائي حائز لقوة الشيء

---

[1] أنظر المادة 165 و793 من القانون المدني والمادة 15 و16 من المر رقم 74/75.

[2] حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 122.

المقضي فيه ولأن مقابل الخلع عقار كان هذا الحكم القضائي وسيلة إثبات لملكية هذا العقار وهو بقوة الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه لصدوره من أحد السلطات الثلاث في البد (السلطة القضائية).

ثانيا - تخلف التسجيل:

أوجبت المادة 213 من قانون التسجيل ضرورة تسجيل القرارات القضائية حتى تحصل الدولة المستحقات الضريبية على هذه القرارات وأكدت هذه المادة 60 من نفس القانون وتبعة تخلف التسجيل تقع على عاتق كتاب الضبط بالمحاكم والمجالس[1] الذين أهملوا تسجيل القرارات القضائية ونصت المادة 93 من قانون التسجيل على "... غير أن الموثقين الموظفين وكتاب الضبط وأعوان تنفيذ كتابات الضبط وكتاب الإدارات المركزية والمحلية الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة يتعرضون لعقوبات تأديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها دون المساس باحتمال تطبيق عقوبات أخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها " وقد تضمن المرسوم التنفيذي رقم 231/90 المؤرخ في 1990/7/28 المتضمن قانون موظفي كتاب الضبط للجهات القضائية على بعض هذه العقوبات التأديبية. والملاحظ أن على الشخص المعني متابعة إجراءات التسجيل والحرص عليها وتفقد مدى تطبيقها من طرق كتاب الضبط حتى لا يكون عرضة لأن تطالبه مديرية الضرائب بها لاحقا[2].

ثالثا - تخلف الشهر:

إن مكانة الشهر جلية في تحقق الأثر العيني به فلا انتقال للملكية ما لم يشهر المحرر أو العقد أو الحكم المتضمن انتقال أملاك عقارية وقد جعلت المادة 99 من المرسوم 63/76 تبعة عدم الشهر ملقاة على عاتق من أوجبت المادة 90 من نفس المرسوم عليهم القيام بالشهر فجاء في نص المادة 99 ما يلي: "... فإن عدم مراعاة الآجال المنصوص عليها في هذه المادة يعاقب عليها بغرامة مدنية قدرها 100دج تكون على عاتق محرري العقد المشار إليهم في المادة 90... "[3] وقد جاء في المادة 90 " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية... ".

---

[1] كتاب الضبط قسمين هما: 1- كتاب أقسام الضبط، 2- كتاب ضبط وهناك مناصب عليا تابعة للأسلاك موظفي كتاب الضبط هي 1) رئيس كتابة الضبط الجهة القضائية، 2) رئيس كتابة الضبط للغرفة، 3) رئيس كتابة الضبط للقسم، 4) رئيس المصالح الإدارية. لزيادة بيان أنظر محمد آمقران: النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994. وكذلك حسين طاهري: مرجع سابق.

[2] أنظر المادة 91 من قانون التسجيل.

[3] كانت الغرامة المالية الموقعة على المكلفين بالشهر جراء إهماله هي 100دج وجعلها قانون المالية لسنة 1997، 1000دج.

وهذا يعني وقوع الغرامة المالية على كل من الموثق وكاتب الضبط المعني... ونكرر الملاحظة السابقة بوجوب أن يتابع الشخص المعني بالعقد أو بالقرار القضائي الذي ينقل له الملكية عملية التسجيل والشهر ويتأكد من أن المعنيين قاموا بها حتى يحفظ حقوقه.

الخاتمة



الخـــــــــــــــــاتمة

إن العقار يتبوأ مكانة هامة في حياة الأمم، لذلك حضي بتفنينات خاصة لا سيما في مجال إثبات ملكيته، حيث نجد المشرع الجزائري في هذا المجال فرض ركنا رابع هو الشكلية.

- شكلية العقد والتصرف الوارد على عقار، تقتضي إفراغ و ترجمة الإرادة، سواء بين طرفين أو من طرف واحد (الوصية). في مدونة أو ورقة، أو سند رسمي، يصدره وجوبا شخص مكلف ومخول قانونا بذلك، وقد خول القانون الموثقين الاضطلاع بهذه المهمة.

- يدعي بعض الكتاب والفقهاء أن نظام التوثيق نظام فرنسي محض، وقد بينا أن الإسلام دعا إلى ذلك قبل 14 قرنا من الزمن، فأوجب كتابة الدين وقد أحسن السلف تجسيد أية الكتابة فاتخذوا كتابا يقيدون معاملات الناس على تنوعها في مدونات تشهد بذلك، تطبيقا لما يعرف حاليا بالشكلية في العقود، فالإسلام عرف الرسمية قبل أن يعرفها الغرب.

- جعل المشرع للعقار خصوصية ينفرد بها، فلا تنتقل ملكيته إلا بالشهر،و لو روعيت جميع الأركان والشروط في تصرف عقاري ما ،وتخلف الشهر بقي العقار في ذمة صاحبه ولم ينتقل لغيره، فالمشرع الجزائري منح للشهر سلطانا على أي معاملة، أو تصرف وارد على عقار. فلا تكون سارية المفعول أي معاملة تتضمن عقار، ما لم تشهر بالمحافظة العقارية.

- للتسجيل دور جبائي ودور إثباتي، حيث تفرض على معاملات الأفراد في عقاراتهم رسوم يدفعونها لخزينة الدولة، زيادة في السيولة المالية لذمة الدولة التي تضطلع بمهام تطوير المجتمع وتحديثه، كما أن التسجيل يلعب دور إثباتي بالنسبة للعقود المسجلة قبل 1971، فكل العقود والتصرفات العقارية المسجلة بمصلحة التسجيل والطابع قبل هذا التاريخ، يكون لها تاريخ ثابت بنص المادة 328 ق.م.

في مجال انتقال العقار وفق قانون الأسرة استنبطنا النتائج التالية:

- الملكية العقارية تنتقل في تقنين الأسرة وفقا للحالات التالية:
بمناسبة الهبة و الوصية، أو الخلع و الصداق، وقد ينتقل حق انتفاع العقار بمناسبة الوقف وبمناسبة واقعة مادية هي الوفاة، أين ينتقل الإرث من المورث إلى الوارث .

- انتقال العقار في قانون الأسرة يحكمه ما يحكم العقار عموما، حيث توثق وتسجل وتشهر العقارات المنتقل ملكيته بسبب: الهبة أو الوصية، وبسبب الخلع والصداق، وحتى الميراث.

- الوصية العقارية تشهر، ويكون لشهرها خاصية مميزة هي تخلفها إلى بعد وفاة الموصي، حيث تشهر مع الشهادة التوثيقية الخاصة بالميراث، لأن مصدراهما واحد فكلاهما يؤخذ من التركة. وخرجنا بذلك من معضلة تعارض نصوص القانون المدني وقانون الأسرة بشأن الوصية، وكان الحل الذي عرضه القانون تخلق عملية شهرها إلى ما بعد وفاة الموصي، وجعل عملية شهرها مناط بالموثق المبرم لعقد الوصية .

- في شأن الميراث بينا أن عقارات التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بالشهر، عكس ما ذهب إليه معظم من تناول هذا الموضوع ، حيث يذهبون إلى أن عقارات التركة تنتقل للورثة بمجرد وقوع حادثة الوفاة ،و هم في ذلك ينقلون كما بينا عن القانون المصري الذي يختلف عنه تقنيننا، و أثبتنا بعد مناقشة المادتين 15 و16 من الأمر 74/75 التين تناولتا الموضوع أنهما يخصصان بدأ سريان انتقال العقار بحادثة الوفاة ،حيث تخرجه المادة 15 عن المبدأ العام وتقرر أنه يكون ساري المفعول بأثر رجعيا يعود إلى يوم الوفاة لكن بعد شهره.

- الصداق و الخلع قد يكون بدلا عنهما عقارات، و انتقال العقار كصداق، يستوجب صب هذا الانتقال في قالب شكلي أمام الموثق وشهره ،حتى تنتقل ملكية هذا العقار من الزوج المستقبلي إلى زوجته المستقبلية وهو تصرف من قبيل العقود غير المسماة.

- الخلع لا يكون إلا بحكم قضائي، و بعد أن يصبح نهائيا، يتحول إلى أداة لإثبات ملكية العقار المنتقل لزوج من زوجته بعد الخلع، ولذلك يستوجب شهره ،حيث أثبتنا أن القانون يوجب شهر هذه الأحكام المتضمنة نقل ملكية عقارية (عقد قضائي) .

ومن أهم الإقتراحات التي يسجلها هذا البحث على مستوى قانون الأسرة:

1- ضرورة إعادة النظر في بعض مواد قانون الأسرة، التي لم يطلها التعديل، مثال ذلك: نص المادة: 206 التي توجب مراعاة قانون التوثيق في العقارات.رغم أن قانون التوثيق قد عدل مرارا، أخرها بالقانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ولم تحوي هذه التعديلات الإشارة إلى العقار وشرط انتقاله خصوصا، ومع ذلك تحيل هذه المادة عليه في شأن العقارات، متبنية ما كان ثابتا في قانون التوثيق الأول رقم 70/91، الذي أوجبت المادة 12 منه صب كل معاملة واردة على عقار في قالب شكلي، فمضمون هذه المادة لم يظهر في التعديلات والقوانين اللاحقة، التي ألغت القانون رقم 70/91 المتضمن التوثيق، وحوّل مضمون المادة 12 منه إلى نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني حاليا، لذلك نرى من الأجدر أن تعدل هذه المادة التي تجاوزتها القنينات الحالية، بحيث توجب مراعاة القانون المدني لا سيما المادة 324 مكرر 1 منه، بدلا من قانون التوثيق.

2- كما نقترح ضرورة إعادة صياغة المادة 15 من الأمر رقم 74/75، بحيث تكون واضحة في الدلالة على أن عقارات التركة تنتقل بالشهر،لكن بأثر رجعي يعود إلى يوم الوفاة ،وهذا هو مدلولها الحالي لكن بغموض

إذ تعتبر عملية الشهر هي من ينقل ملكية عقارات التركة للوارث، حيث أن السائد في الفقه الجزائري أن التركة ومن ضمنها عقاراتها تنتقل للورثة بمجرد حدوث واقعة الوفاة. وهذا فيه تعارض مع القانون المدني خصوصا المادة 793 منه التي تجعل من الشهر الوسيلة الوحيدة لانتقال العقارات. وكان معظم من تناول هذا الموضوع يعتمد على نص المادة 15 من الأمر 74/75 التي تنص في فقرتها الثانية على أن سريان انتقال عقارات التركة يكون من يوم الوفاة ، و يسقطون على أحكام هذه المادة ما



قرره الفقه المصري الذي يختلف في هذه النقطة عن تقنيناتنا ، فأكدنا أن هذه المادة تخصص المبدأ العام في انتقال العقار،المؤكد لان الانتقال في العقار لا يكون إلا بالشهر ،ويسري من تاريخ الشهر،فخصصت الفقرة الثانية من هذه المادة عقارات التركة التي أقرت أنها تنقل بالشهر،لكن بأثر رجعيا يعود إلى يوم وفاة المورث.

3- ونقترح كذلك إدخال تعديل على المادة 39 من المرسوم رقم 63/76، بحيث تكون عملية شهر الوصية ظاهرة في نص المادة حتى يزول اللبس ويقل الخلاف.

4- وحتى يوضع حد للقول الشائع بانعدام شهر الوصية العقارية لانعدام النص ؟. فنص المادة 39 ورد فيه ذكر شهر الوصية ضمن شهر الشهادة التوثيقية التي تشهر بواسطتها انتقال عقارات التركة .

بحيث يتضح أن شهر الوصية يتميز بخصوصية هي :(أن يؤجل شهرها بعد توثيقها) إلى ما بعد وفاة الموصي ، فنخرج بذلك من معضلة تضارب نصوص القانون المدني في شأن شهر ، مع تعريف الوصية في قانون الأسرة ، و يكون بذلك قانون الأسرة مكملا للقانون المدني

5- نظرا لضخامة العمل الذي يناط بالموثق، لكونه خولته السلطة العامة أحد وظائفها وهو إصدار العقد الرسمي. نعتقد أن المشرع الجبائي قد أجحف في حق الموثق بإقحامه في عملية تحصيل حقوق التسجيل، لأن ذلك يخرج به عن وظيفته الأساسية، فالموثق رجل قانون بالدرجة الأولى ومهمته إعطاء العقد حقه من الناحية القانونية بإضفاء الصيغة الرسمية عليه حسب المادة 324 من القانون المدني، والمادة 03 من قانون التوثيق وحتى لو فرض له أن يكون عون جباية يساهم في ضمان التحصيل لحقوق الخزينة العمومية والجماعات المحلية لكن ليس بهذه الضخامة التي تؤثر على وظيفته الأساسية واختصاصه الأصل ،لأن الموثق مطلوب منه في مجال الجباية بدل عناية واجتهاد جبار حتى يتفاد ارتكاب أي خطأ يتعلق بقوانين الجباية، في ظل عدد هائل من القوانين التي تصدر تباعا، معدلة ومتممة وحتى لاغية لبعضها البعض.
فقانون المالية يأتي كل سنة بتغييرات كثيرة يتعين على الموثق الإحاطة بها كلها ،وهذا



ما يصعب حتى على المختصين الماليين وخبراء الجباية متابعتها بدقة وفي أوانها، فضلا على العمل بها، فكيف يتأت للموثق الإحاطة بها كلها فضلا على ميدانه الأصل الذي هو القانون، وما يحدث فيه كل سنة من تغييرات وتعديلات وإلغاءات يتعين عليه الإلمام بها وإلا تجاوزه الحدث، هذا بالإضافة إلى أن الموثق في مهمته الجبائية لا يكلف كما قلنا خزينة الدولة سنتيما واحدا، بل على العكس من ذلك تفرض عليه ضريبة مقابل ما يتقاضاه من أتعاب بحكم خضوعه إلى نظام جبائي كونه يمارس مهنة حرة، حيث يفرض القانون ضريبة على المهن الحرة .ولئن كان ليس من الصعب على الموثق تحصيل مبالغ رسوم التسجيل وإيداعها بقباضة الضرائب المختصة إقليميا ،لكن الإشكال فيما لو ارتكب خطأ في الحسابات مع أطراف العقد أو مع الخزينة العمومية فإنه يتحمل دفع العجز من أمواله الخاصة وإلا سجن؟!.

وأنصافا للموثق وتمكينا له من أداء مهمته القانونية على أحسن وجه، لابد من تبني أحد الحلين التاليين في اعتقادنا.

- <u>الحل الأول</u>: التخفيف من مهام ووظيفة الموثـق الجبائيـة، بجعـل المكلف بالتسجيل شخص آخر غير الموثق يتجه له الأطراف لتسـجيل عقودهم، ولنا مثلا في ذلك فقد كانت قباضات البريد والمواصلات تقوم ببيع الطوابع الجبائية لحساب قابض الضرائب ثم حولت هذه المهمـة إلى مكاتب الضرائب نفسها حاليا.

-<u>الحل الثاني</u>: طرح فكرة التخصص القانوني للموثق بحيث يصبح كل موثق متخصص في مجال معين مثلا موثق متخصص في العقود العقارية والحقوق العينية موثق مختص في مجال عقود الشركات التجارية وآخر مختص في مجال الأحوال الشخصية وهكذا حتى يخف العبء على الموثق حيث تتوحد أنواع العقود التي يحررها ومن ثمة تتوحد الرسوم على هذه العقود بحيث تكون إما ثابتة أو نسبية أو تصاعدية وهذا ما يسهل الأمر على الموثق، و يعود على الفرد والمجتمع بالاستقرار في المعاملات، و الاطمئنان على عقودهم لأنها في أيد متخصصة أمينة.



6- من خلال دراستنا لقانون الأسرة سجلنا ما جاء في المادة 40 من قانون الأسرة المعدل بالقانون رقم 02/05، في فقرته الثانية مايلي: يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. فالمادة تتحدث في بدايتها عن كيفية إثبات النسب وقررت أنه يثبت:

- بالزواج الصحيح
- بالإقرار
- بالبينة
- بنكاح الشبهة
- بكل زواج تم فسخه بعد الدخول

فإذا ادعت امرأة أن حملها، أو المولود الذي وضعته ينسب لشخص ما، و أنكر هذا الشخص هذا النسب. حسب الفقرة الثانية من هذه المادة، يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، مع العلم أ قانون الإجراءات الجزائية مقرر فيه قاعدة بينة، تفيد عدم جواز أخذ الدليل من جسم الجاني، وهذا الأمر فيه تعارض بين هذه القاعدة والفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة وهو موضوع قابل لأن يتناوله البحث العلمي بالدراسة.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

1. القرآن الكريم

2. الحديث الشريف

المراجع بالعربية:

1. إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضوبان: منار السبيل في شرح الدليل، نشر مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض ط1، 1996، المجلد 2.
2. أبو إسحاق الحويني: الانشراح في آداب النكاح، نشر دار الإمام مالك، ط1، الجزائر، 1997.
3. أبي الحسن علي الحسنين الندوي: ماذا خسر العالم بانحطاط المسلمين، نشر مكتبة رحاب، الطبعة العاشرة، 1987.
4. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، نشر دار المعارف، بيروت، د.ت، المجلد 9.
5. أحمد محرز - القانون التجاري الجزائري الجزء الثاني، نشر ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1980، الجزائر.
6. الأستاذ إبراهيم سعد والأستاذ همام محمود زهران: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، نشر دار الجامعة الجديدة سنة 2001،
7. الأستاذ ملزي عبد الرحمان: محاضرات ألقيت على طلبة القضاء الدفعة الثالثة 2002-2003، غير منشور.
8. الأستاذ. دحمان صبايحية عبد القادر رئيس الغرفة الجهوية للوسط: موضوع بعنوان مهنة التوثيق بين إرث الماضي والتطلع إلى المستقبل، مجلة الموثق، العدد الأول، نوفمبر 1997.
9. أنظر أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.
10. أنظر الشوكاني: نيل الأوطار، المجلد الثالث، ج6، دار الجيل، بيروت، دت، ص 74.
11. أنظر مدحت محمد الحسنين: إجراءات الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
12. أنور طلبة: العقود الصغيرة الهبة والوصية، نشر المكتبة الحديثة، مصر، 2004.
13. بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، دار النهضة، لبنان، 1967.

14. بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، نشر دار النهضة العربية بيروت، 1967، ص 187.
15. بشير بلعيد: القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، نشر دار البعث، قسنطينة، 2000.
16. بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.
17. بوحلاسة عمر: شهادة الشهود في العقود التوثيقية، مجلة الموثق، العدد 09 و10 الصادر بتاريخ 2003، العدد 09، العدد 10.
18. بورويس زيدان – موثق – محاضرة ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي المنظم بولاية سكيكدة من طرف الغرفة الوطنية للموثقين ناحية الشرق بتاريخ 2001/05/29 بعنوان دور مكاتب التوثيق في تنظيم المعاملات العقارية.
19. بورويس زيدان (موثق) مقال بعنوان: الطرف والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، مجلة الموثق، الجزائر، العدد 07 جوان وجويلية 2002.
20. بورويس زيدان: دور مكاتب التوثيق في تنظيم المعاملات العقارية، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي المنظم من طرف الغرفة الجهوية للموثقين ناحية الشرق بمدينة سكيكدة بتاريخ 2001/05/29، غير منشور.
21. بوزن الحبلى محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي مختار الصحاح، مكتبة لبنان، إخراج دار المعاجم، 1985.
22. جمال الدين القاسمي: الاستئناس لتصحيح أنكحة الناس بتحقيق علي حسن عبد الحميد، نشر دار الشهاب، باتنة، د.ت.
23. جمعة محمود الزريفي: نظام الشهر العقارب في الشريعة الإسلامية، منشورات دار الأفاق الجديدة، بيروت، ط1، 1988.
24. الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري: مختصر صحيح مسلم، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط، 1996، الحديث رقم 999.
25. حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، نشر دار هومة، 2004، ص 46.
26. حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية ، نشر دار هومة بتاريخ 2002، الجزائر.
27. خليل أحمد حسن قدادة- الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، نشر ديوان المطبوعات الجامعية2001.

28. خليل أحمد حسن قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
29. رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، نشر دار الجامعة الجديدة، 2004، مصر.
30. سماعين شامة: النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، نشر دار هومة، ط1، الجزائر، 2003،.
31. السنهوري: الوسيط، المجلد 8 الباب الأول، القسم الثاني، منشورات الحلبي، بيروت، 1998.
32. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، نشر دار، المجلد 5.
33. صداقي عمر: رسالة ماجستير بعنوان شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، جامعة الجزائر، دت غير منشور.
34. الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الفكر، بيروت، ط1، 1991، المجلد 3.
35. طاهري حسين: دليل أعوان القضاء والمهن الحرة، نشر دار هومة، ط1، 2004، الجزائر.
36. طواييبه حسن: نظام الشهر العقاري الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم القانونية، الجزائر العاصمة، سنة 2001-2002، غير منشورة.
37. عبد الحفيظ بن عبيدة: إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، نشر دار هومه، الجزائر، 2003.
38. عبد الرحمن بربارة: طرق التنفيذ في المسائل المدنية، منشورات بغدادي، ط1، الجزائر، 2002.
39. عبد الرحمن ملزي: محاضرات ألقيت على طلبة القضاء الدفعة الثالثة سنة 2002، مادة القانون المدني (غير منشور) .
40. عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط، دار هومة، الجزائر، 1996.
41. عبد العظيم بن بدوي: الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، نشر دار الإمام مالك، سنة 1996، الجزائر.
42. عبد المنعم البدراوي- حق الملكية نشر مكتبة سيد عبد الله وهبة سنة 1973، ط1، مصر.
43. عمار علوي: الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، 2004، الجزائر.

44. عمار علوي: مرجع سابق، ص 157.
45. عمر يحياوي: نظرية المال العام، نشر دار هومة، 2002، الجزائر.
46. فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
47. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988.
48. لبنى مختار: وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، نشر ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
49. ليلى زروقي وحمدي باشا عمر: المنازعات العقارية ، نشر دار هومة، طبعة 2002، الجزائر.
50. مجيد خلفوني: نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
51. محمد إبراهيم شقرة: المجتمع الرباني، قصر الكتاب، البليدة، والحديث في صحيح الجامع برقم 1731.
52. محمد آمقران: النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
53. محمد العمراني: المراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال النشر والإشهار الجزائر، 2000.
54. محمد بن صالح العثيمين: التعليقات على الأربعين النووية، نشر دار الإمام مالك، 2001.
55. محمد بن علي الرحبي: شرح الرحبية في الفرائض، مؤسسة الكتاب الثقافية، لبنان، 1997.
56. محمد حسنين: نظرية الحق بوجه عام،المؤسسة الوطنية للكتاب
57. محمد زهدور: في كتابه الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1991.
58. محمد صالح العتمين: التعليقات على الأربعين النووية، دار الإمام مالك، الجزائر، 2001
59. محمد عليش: منح الجليل شرح مختصر خليل، نشر دار الفكر، بيروت، 1984، ط، المجلد 8.
60. محمد محدة: الأحكام الأساسية للأحوال الشخصية، دار الشهاب، باتنة، د.ت.
61. محمد محدة: التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية، نشر دار الطباعة والنشر عمار قرفي، 1982، باتنة.
62. محمد مصطفى شلبي: أحكام المواريث بين الفقه والقانون، نشر دار النهضة العربية، بيروت، 1978.

63. محمد وحيد الدين سوار : الحقوق العينية الأصلية، نشر مكتبة الثقافة للنشـــر والتوزيـــع، ط1، الأردن، 1994.

64. محمدي فريدة (زواوي): الحيازة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.

65. مراد شكري: المنخلة النونية في فقه الكتاب والســـنة النبويـــة، دار الإمـــام مالـــك، ط1، الجزائر، 1998.

66. مراد شكري: المنخلة النونية في فقه الكتاب والسنة النبوية، دار الحسن للنشر والتوزيـــع، الأردن، 1998.

67. نظير فرج مينا: الموجز في الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، الجزائر.

68. وهبة الزحيلي: الفقه الأسلامي وأدلته ،ج4، نشر دار الفكر، ط2، 1985، دمشق.

المراجع بالفرنسية:

69. Adde. Dallez : Répertoire de droit civil, 2e édition, mise a jour 1977, tome VI, recueil Vo propriété sect 1er étude général du droit de propriété, Paris.
70. Henri et Léon Mazeaud, jean Mazeaud, François chabas- leçons de droit civil, 8e édition, tome II, deuxième volume, Montchrestien, Paris.
71. Henri Léon Mazeaud, Jean Mazeaud : Leçons de droit civil, tome 4, deuxième édition, 1971, édition Montchrestien, Paris.
72. Jean Mazeaud.Henri et léon mazeaud. François chabas- leçons de droit civil tome II Biens droit de propriété 52 édition. Montchrestien 1994.
73. Latrous Bachir : Cours de droit civil, surettes et publicité foncière, office des publications universitaires, Alger, 1984, P 116.
74. Latrous. Bachir- cours de droit civil. Suretes et publicité foncière. office des publications universitaires 1983, Alger .
75. Voir. Jean Mazeaud : leçons de droit civil, précité.

المجلات:

76. مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001.

77. المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 03، ص 60.

78. المجلة القضائية لسنة 1994 العدد 02.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

ملخص مذكرة انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة

تَعرُض هذه المذكرة بالدراسة لموضوع انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائرية.
فالعقار و انتقال ملكيته من أهم المواضيع القانونية، تبعا لمكانة العقار نفسه. إذ أن طريقة استغلال هذا الأخير و تداوله لها أهمية حيوية في مجال التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية، لما تجنيه خزينة الدولة بمناسبة معاملات الأفراد في عقاراتهم من خلال الضريبة المفروضة على هذه المعاملات ،لأجل ذلك تعمد معظم تشريعات الدول إلى إيجاد آليات و أدوات قانونية تحقق الاستقرار اللازم للملكية العقارية بما يتناسب و أهمية هذه الأخيرة. لأن استقرار الملكية العقارية من أنجع الوسائل لجلب الاستثمار الأجنبي لداخل البلاد.
والمشرع الجزائري في هذا المجال أوجب تضافر وتكامل مجموعة من المراحل في انتقال ملكية العقار، حفاظا على المراكز القانونية وتعزيزا للائتمان ،ففرض في كل عقد أو تصرف وارد على عقار زيادة عل الأركان العامة في كل العقود والتصرفات، وهي التراضي والمحل والسبب ، ركنا رابعا هو الشكلية وجعل وسيلة ذلك العقد الرسمي المبرم أمام موثق، كما فرض تسجيل هذه العقود لدى مصلحة التسجيل والطابع. وأخيرا فرض شهر هذا العقود والتصرفات في المحافظة العقارية حتى يتم الانتقال العقاري ،لأن الشهر هو الناقل للأثر العيني.
و لما كان قانون الأسرة قد قننت مواده لعدة أسباب تنتقل بها الملكية العقارية مثل: الميراث والوصية كذلك الهبة والوقف ،كما يمكن إدراج الصداق والخلع إذا كان بدلا عنهما عقارا.
انطلق هذا البحث من التساؤل التالي :
هل يفرض في عملية انتقال العقار وفق قانون الأسرة ما يفرض في غيره من توثيق وتسجيل وشهر، أم تشد العمليات الواردة على انتقال العقار في قانون الأسرة عن هذه القواعد ؟.
والجواب الذي توصل له بحثنا هذا، هو أن انتقال العقار في قانون الأسرة يحكمه ما يحكم العقار عموما. حيث توثق و تسجل وتشهر كل العمليات والتصرفات الناقلة للملكية العقارية ضمن قانون الأسرة. حيث دللنا عل ذلك بنصوص تشريعية و استنباطات قانونية ، وفندنا القول الشائع بانعدام شهر الوصية العقارية لانعدام النص ، كما أبطلنا الاعتقاد السائد أن عقارات التركة تنتقل للوارث بمجرد حدوث واقعة الوفاة و أثبتنا أنها تنتقل بالشهر كذلك. أوضحنا كيفية انتقال العقار بمناسبة الصداق من الزوج إلى زوجته، وإجراءات ذلك ، كما أجلينا عملية انتقال العقار كبدل عن الخلع و إجراءات وشروط ذلك .